

موسوعة القانون المدني المصري

# نظريات الحق في

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أخصى الرسائل من جامعة باريس السربون  
وجائزة أخصى الأبحاث من معهدنا للعلوم الإنسانية  
عميد كلية الحقوق والسياسة بجامعة الكويت سابقا  
أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة  
والمحامى أمام محكمة النقض

١٩٨٤



Bibliotheca Alexandrina



00260220







موسوعة القانون المدني المصري

# نظريّة العَقْلِيَّة

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أمية الوسائل من جامعة باريس السربون

وجائزة أمية الأبحاث من معهدها للعلوم الإنسانية

عميد كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت سابقا

أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة

والعامي أمام محكمة النقض







## بسم الله الرحمن الرحيم

من ثلاثين سنة خلت، وكنت يومئذ في شرح الشباب من عمري، وفي أول عهدى بالاستاذية في الجامعات، افتتحت المجموعة التي استخرت الله أن أكتب بين دفتيها، والتي اسميها: «أحكام القانون المدني المصري»، بأول مؤلفاتي باللغة العربية: «التأمينات الشخصية والعينية». وأتبعته في رحابها بمؤلف ثان صغره بعامين، وهو «عقد الإيجار».

وكان العزم مني أن أتبع مؤلتي هذين، في رحاب مجموعتهما، بغيرهما. وإذا كان ذلك لم يتحقق، فمرده إلى التبعات الجسام التي ألقيت على عاتقي. فإلى جانب الأستاذية التي شرفت بتحمل أعبائها الثقيل، ليس في مضرنا وحدها، بل أيضا في السودان والمغرب وليبيا والكويت، توليت مهام العمادة، ومهام المحاماة، وقضاء التحكيم، وأخيرا مهام صناعة التشريع على نطاقه الواسع العريض.

على أن تلك التبعات، على ثقلها، لم تصرفني عن الكتابة: فقد أخرجت بعد مؤلتي السابقين حصيلة ضخمة بلغت خمسة عشر مؤلفاً. ولم يقدر لهذه المؤلفات أن تنضم لمجموعة «أحكام القانون المدني المصري»، إما لأن بعضها يتناول موضوعات أعم مما يدخل في رحاب القانون المدني، وإما لأن بعضها الثاني يقوم على أساس قانون أجنبي، وإما لأن بعضها الثالث قد جاء في صورته الأولية، دون أن تعاد صياغته في صورة تالية منقحة، وهو المستوى الذي حددته لما أردت له الدخول في رحاب تلك المجموعة من كتاباتي.

وقد حدث، منذ بضعة أشهر، أن اتصل بي أخي وزميل الأستاذ أحمد حسن هيكل رئيس محكمة النقض السابق ونقيب المحامين آنذاك، ومعه أحد الأعمام من تلاميذي، عضو نقابة الاستاذ كمال الدين بدر، وشرفاً بأن طلبا مني، باسم المحامين، وتمشيا مع السنة الحميدة التي سارت عليها نقابتهم من توفير المراجع القيمة لهم، بالكتابة فيما قدرا أن يعود بالنفع عليهم، وعلى الفكر القانوني كله من بعدهم، وأعزدا مني المهذب بمؤلفين، أحدهما في



نظرية العقد ، وثانيهما في المسئولية المدنية ، اعتباراً بالأهمية القصوى لهذين الموضوعين .

وأراني اليوم استشعر السعادة الغامرة إذ أقدم أول الكتابين ، موفياً بذلك بنصف ما يمثل كاهل من دين ، داعياً الله أن يمكنني من إنجاز ثانيهما ، فأوفي بالنصف الباقي من الدين .

ولقد كَانَ الاتجاه عندى أن ينضم كتاب اليوم إلى مجموعة « أحكام القانون المدني المصرى » ، التى بدأت بالكتابة فى رحابها ، ليكون فيها ثالثاً بعد التأمينات والإيجار . ولكنى تبينت ، بعد أن أنجزته ، أننى لو فعلت ، ظلمته وظلمت صاحبه . فهو عن مجرد بيان حكم القانون أهم وأوسع ، مما جعلنى أختير له أن يحى تحت عنوان : « موسوعة القانون المدني المصرى » .

وقد عنيت ، فى هذا المؤلف ، بأحكام القضاء مصرياً وأجنبياً ، وعنيت على الأخص أشد العناية بأحكام محكمة النقض ، غير واقف عند مجرد السرد ، بل متجاوزاً إياه إلى النقد ، كلما استبان لى لازماً ، وذلك إيماناً منى بأن القانون ليس هو مجرد ما تنطق به النصوص فى المدونات ، بل هو تلك النصوص على نحو ما يتردد به تفسيرها وإعمالها بين جدران المحاكم وفى موسوعات القضاء .

كما لئنى حرصت على أن أضمن هذا الكتاب مقارنة الكثير من موضوعاته بأحكام الفقه الإسلامى ، فى حدود ما سمح به المقام . وقد توشيت من ذلك أن يمثل نواة متواضعة لتأصيل نظرية العقد فى الفقه الإسلامى الخفيف .

والغاية التى يستهدفها هذا الكتاب هى أن يكون عوناً فى أداء رسالة الحق والعدل بتصويب وإن قل ، وذلك فى أهم موضوعات القانون المدني ، بل أهم موضوعات القانون على وجه العموم والشمول . فإن أفلح الكتاب فى تحقيق غايته تلك ، فقد أدى لنا كل ما نرجوه منه . وإن قعد عن أدائها ، فحسبنا منه جزاء العاجز الذى بذل فى سبيل تحقيق قصده كل وسعه .

وما توفيقى إلا بالله

عبد الفتاح عبد الباقي

٢٠ يناير سنة ١٩٨٤



# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مقدمة

١ - تنقسم الحقوق المالية ، بصفة أساسية ، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات <sup>(١)</sup> . وهذا هو التقسيم الأساسي الذي يقوم عليه القانون المدني المعاصر ، والذي تتخذة عادة مدوناته في البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، منهاجاً رئيسياً في سرد أحكامه <sup>(٢)</sup> .

(١) وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية تقسم تقليدي وضع الرومان بنوره ، ولا زال القانون المعاصر في مجموعه يميز عليه إلى الآن ، وإن كان قد اتسع بعض الشيء ، تحت ظله ، ليشمل نوعاً جدياً من الحقوق ، وهي تلك التي ترد على ثمرة الفكر والخاطر والقرينة في جانبها المالي ، والتي أطلق عليها في البداية اسم « حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » . ثم أخذ الفكر القانوني يتسع عنه ، مضيفاً عليها اسماً آخر ، بعد أن تبين مغايرتها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه العلمي ، ليقول تارة « الحقوق المعنوية » وتارة أخرى « الحقوق الذهنية » . وإذا كانت الحقوق المالية التي ترد على ثمرة الفكر والخاطر والقرينة تنقسم في ذاتها بأهمية لا تحصى - وهي من بعد أهمية تزايدت على مر الأيام ، نتيجة التقدم المطرد في العلم والفن والأدب - إلا أنها مع ذلك لا تتناسب البتة في أهميتها مع فرعي التقسيم التقليدي الكبيرين : الحق العيني والحق الشخصي أو الالتزام . من أجل ذلك لم يمس ظهور تلك الحقوق في دنيا القانون جوهر هذا التقسيم التقليدي المتين ، وإن تطلب شيئاً من التحفظ في شأنها ، وهو ما أوردناه بعبارة « بصفة أساسية » في قولنا ، في المتن ، إن الحقوق المالية تنقسم ، بصفة أساسية ، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات .

(٢) ولعل مدونة القانون المدني الألماني تعتبر رائدة في هذا المجال . فيبعد أن أفردت كتابتها الأول لما أوردته تحت عنوان « القسم السابع » ، تناولت أحكاماً نظرية الالتزام في كتابها الثاني ، لتخصص بعد ذلك كتابها الثالث للملكية وغيرها من الحقوق العينية أصلية كانت أم تيمية ، تحت عنوان « قانون الأشياء » . وجاءت مدونة القانون المدني المصري بعد ذلك ، وتنقسم قسمين رئيسيين ، ... يتضمن أولهما أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ويتناول ثانيهما أحكام الحقوق العينية ، وذلك بعد أن بدأت بتصميم ضمنها الأحكام القانونية البهامة ، وأوردتها فيما أطلقت عليه « باب تمهيد » . وجاءت مدونة القانون المدني السوري ومدونة القانون المدني العراقي ومدونة القانون المدني الليبي مدونة القانون المدني المصري في « النهج » الذي أبعث في سرد أحكامها .



٢- والحق العيني سلطة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته ، يكون له ، بمقتضاها ، أن يفيد منه مباشرة ، في حدود معينة يرميها القانون .

والصفة الأساسية التي ينتم بها هذا الحق هي أن صاحبه يفيد من الشيء الذي يرد عليه بطريق مباشر ، أي بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له في مباشرته والإفادة منه ، شأن هذا الحق في ذلك شأن سائر الحقوق الأخرى ، حيث يترتب : على مجرد تقريرها لأصحابها ، تحمل الكافة بواجب عدم التعرض لهم في مباشرتها واستخلاص ثمارها . وهكذا لا يظهر في الحق العيني إلا صاحبه ، والشيء أو العين التي يرد عليها . ومن هنا جاءت تسميته بالحق العيني : اعتباراً بأنه حق في العين *jus in rem* .

٣- أما الحق الشخصي <sup>(١)</sup> : أو حق الدائنية : كما يطلق عليه أحياناً أو الالتزام : كما يغلب أن يسمى . فقد تعمد المشرع المصري : في القانون

= وسارت على الدرب مدونة القانون المدني الأردني ، من غير كبير خلاف . وأخيراً جاءت مدونة القانون المدني الكويتي - وهي أحدث مدونة مدنية في العالم بأسره - تتبع النهج نفسه . والزام التقسيم التقليدي لحقوق المالية إلى شخصية وعينية كنهج يتبع في سرد الأحكام التي تتضمنها مدونة القانون المدني ، يشي تماماً مع نطاق القانون ومقتضيات فنه ، سيما وأن أحكام النوع الثالث الذي جده من الحقوق المالية ، لينتظم الحقوق المنوية أو الذهنية ، تجد مكانها ، وفقاً لما جرت عليه العادة في الدول المختلفة ، ومن بينها مصر ، في قانون خاص بها ، نظراً لما تنتم به من طابع متميز ، ولما تتجه إليه من دولية تقوى على مر الزمن . والتضمين التقليدي لحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية يتجاوب في مجموعة مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين .

(١) واصطلاحاً : الحق الشخصي « مستمد من الرومان ، وإن لم يقولوا به صراحة . فالرومان لم يخلطوا على الحق الذي نحن بصدده اسم « الحق الشخصي » ، ولكنهم كانوا يطلقون على الدعوى التي كانت تمنح لصاحبه ( الدائن ) ، في سبيل اقتضاؤه ، اسم « الدعوى الشخصية » *actio in personam* . ، وعلى مر الزمن ، أخذ الحق اسم الدعوى التي تمنحه ، فصار يطلق عليه « الحق الشخصي » . ولعل مما ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح ( الحق العيني ) ، الذي أريد به التمييز عن حق الشخص في الشيء » . انظر في هذا المعنى : **Planiol et Ripert** ج ١ نيلة ٣٥٩٧ .



المدينى الحالى ، وبخلاف ما جاء عليه قانوننا المدينى القديم <sup>(١)</sup> عدم إيراد تعريف له <sup>(٢)</sup> . تاركاً أمر هذا التعريف للاجتهاد . وقد سارت جمهرة الفقهاء ، من قديم ، على تعريفه بأنه رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين وبمقتضاها يلتزم أحدهما . ويسمى المدين . بأن يؤدى للآخر . ويسمى الدائن ، عملاً معيناً . أو أن يتمتع لصالحه عن أداء عمل معين <sup>(٣)</sup> . وهذا التعريف مستمد من فقهاء القانون الرومانى ، حيث رأوا أن الحق الشخصى يتضمن أساساً علاقة أو رابطة قانونية *Juris Vinculum* بين طرفين ، هما الدائن والمدين <sup>(٤)</sup> .

(١) عرف القانون المدينى المصرى القديم الحق الشخصى فى المادة ١٤٤/٩٠ منه ، بقوله : « التصهد هو ارتباط قانونى الفرض من حصول منفعة لشخص بإلزام التصهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » . ويلاحظ أن قانوننا القديم أطلق على الحق الشخصى أو الالتزام اصطلاح « التصهد » . وفى ذلك عيب ظاهر . إذ أن لفظ «التصهد» يثير فى الفهن تولد الالتزام بالإرادة والاختيار من المدين . وهذا ، إن صح بالنسبة إلى العقد والإرادة المنفردة ، فهو ليس صحيحاً بالنسبة إلى المصادر الأخرى المنشئة للالتزام ، لاسيما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير .

(٢) وهو فى ذلك يخالف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألمانى ( المادة ٢٤١ ) ، والقانون البولونى ( المادة ٢ ) والقانون اللبناني ( المادة الأولى ) . ولكنه يساير بعضها الآخر ، كالقانون العراقى والقانون السورى والقانون الليبى والقانون الأردنى والقانون الكويتى . ولقد صادف مشرعنا التوفيق عندما امتنع ، فى قانوننا الحالى ، عن إيراد تعريف للحق الشخصى أو الالتزام . فحسن صناعة التشريع بأبى أن تلجأ النصوص إلى تعريف الأنظمة القانونية ، ما لم تتطلبه ضرورة أو حاجة . فذلك إلى عمل الفقه أخلق . ثم إن تعريف الالتزام لا زال أمراً يثير الخلاف حوله ، بعد أن عمد الفقه الحديث إلى نية التعريف التقابلى الذى يقوم على أساس أن الالتزام رابطة بين الدائن والمدين ، وبعد أن أخذ الطابع إنقادى للالتزام يفرض وجوده على حساب طابعه الشخصى . والأولى أن يترك أمر هذا الخلاف إلى اجتهاد الفقهاء ، لمعلمهم يعقلون إلى حسمه على ضوء ما يتضمنه القانون من أحكام .

(٣) ومن الفقهاء الذين يعرفون الالتزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية الإخوة *Mazeaud*

راجع مؤلفهم القيم : *Léçons de Droit Civil T. II nos 4, 9et II.*

وانظر أيضاً : *P. Engel, Traité des Obligations en Droit Suisse*

(٤) وقد جاء القانون المدينى المصرى القديم يعرف الحق الشخصى ، أو الالتزام ، على قرآن : « فله الزمان وسارت عليه جمهرة الفقهاء » حيث نصت المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بأنه : « التصهد هو ارتباط قانونى *lien de droit* الفرض من حصول منفعة لشخص بإلزام التصهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » .



وتعريف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه علاقة أو رابطة قانونية لا تخلو من القصد . فالحق عموماً ، أباً ما كانت طبيعته ، لا يمكن أن يكون هو ذات الرابطة التي تجمع بين صاحبه وغيره من الناس ، وإن كان يفترض في الغالب من الأحيان <sup>(١)</sup> وجودها . فالرابطة : حيث تنهض أساساً لحق ما ، تقوم أولاً بين شخصين ، ثم يأتي القانون وينظمها ، بفرض حق لأحدهما . وواجب على الآخر . فالرابطة أو الصلة تقوم أولاً بين الزوج وزوجه . مثلاً ، ثم يأتي القانون وينظمها بفرض حقوق وواجبات لكل منهما وعليه . وإذا أقرضتكم مائة جنيه ، قامت بيننا علاقة أو رابطة قانونية أساسها القرض . ثم يأتي القانون لتنظيمها ، وهو يفعل ذلك . بمنحى حقاً شخصياً قوامه سلطة إلزامك بدفع مبلغ القرض ، وبفرض واجب عليك بدفع هذا المبلغ . فالحق ليس هو ذات الرابطة ، التي لاتعدو أن تكون الأمر الذي ينظمه القانون عن طريق ترتيب الحقوق والواجبات <sup>(٢)</sup> .

وإذا لم يسغ القول عن الحق عموماً بأنه رابطة أو علاقة بين الأشخاص . فإن هذا القول لم يعد يسوغ . على وجه الخصوص : بصدد الحق الشخصي في ظل القانون المعاصر . فؤدى اعتبار هذا الحق رابطة بين الدائن والمدين عدم وجوده قبل قيامها . في حين أن القانون المعاصر : وبخلاف ما سار عليه

(١) . يقول إن الحق يفترض وجود الرابطة بين طرفيه ، في الغالب من الأحيان . ويريد بهذا التحفظ أن يمتنع بعض الحقوق ، وعلى رأسها الحقوق العينية . في الحق العيني ، لا توجد ، في الحقيقة ، رابطة بين صاحبه وغيره من الناس . لأنه مجرد سلطة تنقرو له ، وبطريق مباشر ، على الشيء . وعلى أثر تقرير هذه السلطة له ، أي على أثر ثبوت الحق له ، يتوجب على الكفاية عدم التصرف له فيه . ولا ينبغي أن نرى في هذا الواجب ، المفروض على الكفاية ، رابطة تجمع بينهم وبين صاحب الحق كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء الذين أطلقوا على فكرتهم مذهب الشخصين ، وعلى الأخص بلانويول *Planioi* وديموج *Demoguc* . فهو لا يبدو أن يكون واجب احترام القانون ذاته بعدم الاعتداء على الحقوق بدون نظر إلى أصحابها . فإن اعتدى على الحق العيني بالفعل ، نشأت في هذا الوقت ، لا قبله ، رابطة بين المعتدى وبين صاحب الحق . وهذه الرابطة تنهض أساساً لقيام حق شخصي ، حيث يلتزم المعتدى ، إلى جانب الكف عن اعتدائه ، بتعويض صاحب الحق عما ناله من ضرر من جراءه . (راجع في ذلك مؤلفنا نظرية الحق ، نيف ٣١) .

(٢) . انظر مؤلفنا نظرية الحق ، نيف ٤ و ٢٧ .



الرومان ، أصبح يسمح ، في بعض الأحيان ، وإن كانت نادراً ، بقيام الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . وبالتالي قبل أن يتصور وجود رابطة تجمع بينه وبين المدين . والاشتراط لمصلحة الغير والوعد بجائزة دليلان على ذلك . فإذا أمن شخص على حياته ، مثلاً ، لمصلحة الأولاد الذين سوف يولدون له في المستقبل ، كان من شأن ذلك أن تتحمل شركة التأمين فوراً ، وقبل ميلاد الأولاد ، بالالتزام بدفع مبلغ التأمين . وإذا وجه شخص للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين ، تحمل بالالتزام بإعطائها فوراً وقبل القيام بالعمل ، أى قبل وجود الدائن .

وإذا كان من الممكن أن يوجد الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . فإنه لا يسوغ القول بأنه رابطة أو علاقة بينه وبين المدين ، لأن العلاقة لا تقوم إلا إذا وجد طرفاها . ومادامت العلاقة لم تتم . كان حرياً بالالتزام . إن كانت هي قوامه . ألا يقوم .

يظهر مما سبق أن تعريف الحق الشخصي بأنه علاقة أو رابطة قانونية بين الدائن والمدين لا يسوغ .

وقد لجأ بعض الفقهاء إلى تعريفه على نحو آخر . فقالوا إنه حالة قانونية أو وضع قانوني *situation juridique* أو نظام قانوني *institution juridique* يلتزم بمقتضاها شخص بإعطاء شيء معين أو بفعله أو بالامتناع عن فعله <sup>(١)</sup> و <sup>(٢)</sup> .

(١) ومن يقولون بهذا التعريف أو ما يقربه : Demogue ( الالتزامات ، ج ١ ، نية ٧ ) - به الرزاق السهري ( الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ، نية ١٤ ) - سليمان مرقس ( نظرية العقد ، نية ١٥ ) - أنور سلطان ، ( النظرية السامية في الالتزام ، ج ١ ، نية ١٦ ) - Marty et Raynaud ( القانون المدني ، الالتزامات ، نية ١ ) .

(٢) وقد تبني مشروع القانون المدني المصري بهذا التعريف . فمادة ١٢١ منه تنص بأنه : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن يفعل حقاً معيناً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل » . ولم يأت هذا النص في القانون . فقد حذف ، تبعاً مع أصول فن صنة التشريع في تجنب التعريفات بقوله « الإلتزام » ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ، ص ٩ في الملامح ) ، إذ أن محلها هو كتب الفقهاء ، وليس مدونات القوانين .



ولاشك في أن تعريف الحق الشخصي أو الالتزام ، بأنه حالة قانونية يلتزم الشخص بمقتضاها بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل ، يفضل سابقه الذي يقوم على اعتبار الالتزام رابطة تجمع بين الدائن والمدين . بيد أنه لا يخلو بدونه من النقد .

فهو يتضمن ، من ناحية أولى ، تجهيلاً لطبيعة الالتزام . فالقول عنه إنه حالة قانونية ، أو وضع قانوني أو نظام قانوني ، لا يقدم كثيراً في بيان كنهه وطبيعته . فمن الممكن إطلاق هذا الوصف على كل وضع من أوضاع القانون دون تمييز .

ثم إن هذا التعريف : في غمرة رغبة قاتلية في إضعاف أثر الرابطة التي تجمع بين المدين والدائن ، تمادى في إهمال هذا الطرف الأخير ، في حين أن الالتزام يتقرر أصلاً لفائدته : الأمر الذي يحتم وجوده ، إن لم يكن عند قيام الالتزام . فعلى الأقل - عند تنفيذه : بأداء مضمونه . وليس أدل على عيب التعريف السابق ، من ناحية مبالغته في إهمال الدائن : ليس أدل على ذلك من أن الأخذ به - على إطلاقه - يجعل من واجب الشخص في الامتناع عن ارتكاب جريمة . ومن واجبه في الامتناع عن التعدي على حقوق الغير ، التزمين بثقلان كاهله . وليس هذا هو المقصود باصطلاح « الالتزام » ، في لغة القانون . فهذا الاصطلاح يفيد واجباً خاصاً يتحمل به المدين ، لصالح شخص معين هو الدائن ، الذي يحتم وجوده ، إن لم يكن عند قيام الواجب . فعلى الأقل ، عند أدائه <sup>(١)</sup> .

---

(١) وفي سبيل تفادي العيب الناجم من إهمال الدائن ، لجأ بعض الفقهاء ، من القائلين بأن الالتزام حالة أو وضع أو نظام قانوني ، إلى ذكره في تعريف الالتزام . ومن هؤلاء على سبيل المثال : Marty et Raynaud . ( القانون المدني ، الالتزامات نية ١ ) . ففسد عرف . هذان الفقهاء الالتزام بقولهما إنه . نظام قانوني institution juridique يقتضاه يلتزم شخص ، يسمى المدين ، بإزاء شخص آخر ، يسمى الدائن ، بإداء إيجابيات prestation positive أو امتناع abstention . . . وتعريف للالتزام على هذا النحو يظهر من عيب إهمال ذكر الدائن . إلا أنه يقيه مشوياً بالعيب الآخر ، الذي سبق ذكره في المتن ، وهو عيب التجهيل والغموض .



« وإذا لم تفادى العيّن السابقين » ، فإننا نعرف الحق الشخصى ، من ناحية الإيجابية ، أى باعتباره حقاً ، بأنه سلطة تثبت لشخص معين ، يسمى الدائن ، فى مواجهة شخص آخر ، يسمى المدين ، وتمكنه من أن يلزمه بأداء عمل محدد أو بالامتناع عنه . ونعرف الحق الشخصى ، من ناحية السلبية ، أى باعتباره التزاماً ، بأنه واجب ، يتحمل به شخص معين ، يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بعمل محدد أو امتناعه عنه ، لمصلحة شخص آخر ، يسمى الدائن ، يكون له سلطة إجباره على أدائه (١) .

ومن هذا التعريف يبين أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يستلزم وجود رابطة قانونية بين شخصين : وإن لم يكن ذات هذه الرابطة ، كما سبق لنا أن بينا . وأحد طرفى هذه الرابطة هو ذاك الذى يثبت له الحق ، أو هو صاحب الحق ، ويسمى : « الدائن créancier » ، والثانيهما هو ذاك الذى يتحمل عبء الحق ، أو هو الذى يلتزم بأداء الواجب ، ويسمى « المدين أو الملتزم débiteur » .

كما أنه يبين من التعريف أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يقوم على وجوب قيام المدين ، لصالح الدائن ، بأداء عمل معين ، أو بامتناعه عن أداء عمل معين . فموضوع هذا الحق هو عمل أو امتناع عن عمل ، أو هو عمل إيجابى أو سلبى .

٤ - ولأحد للصور التى يتخذها الحق الشخصى أو الالتزام ، سواء أكان موضوعه عملاً أو امتناعاً عن عمل .

(١) ويلاحظ أن هذا التعريف لا يبرى إلا على الالتزام ، فى صورته العادية المألوفة ، أى ما يطلق عليه ، فى بعض الأحيان ، « الالتزام الملقى » ، يتميز أنه عن « الالتزام الطبيعى » . فالالتزام الطبيعى نوع شاذ من الالتزامات يقم بأنه لا يتضمن منح الدائن سلطة إجبار المدين على أدائه ، بل تكون للمدين به مطلق الحرية فى أن يؤديه أولاً يؤديه . فلا جبر فى تنفيذ ( المادة ١٩٩ / ٢ ) . وهذه المثابة ، يبرز الالتزام الطبيعى التزاماً ناقصاً . بل إنه ، فى الحقيقة ، لا يعتبر التزاماً ، بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح ، وإنما هو وسط بين الالتزام ، بمطلوه الحقيقى ، وبين الواجب الأدبى العاصى .



ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي تتضمن أداء عمل معين : حق المقرض في أن يدفع له المقرض مبلغ القرض ، وحق البائع في أن يدفع له المشتري الثمن ، وحق المشتري في أن يسلمه البائع الشيء المبيع ، وأن يعمل كل مايلزم من جانبه لنقل ملكيته إليه ، وحق المؤجر في أن يدفع له المستأجر الأجرة ، وحق المستأجر في أن يسلمه المؤجر العين المؤجرة ، وحق المخلوم في أن يؤدي له تابعه الخادمة المتفق عليها ، وحق الخادم في أن يدفع له مخدمه أجره ، إلى غير ذلك كله من الأعمال التي لا تنهاى ولا تنق تحت حصر . والتي تصلح كلها ، وأياً ما كانت ، لأن تكون موضوعاً لحق شخصي . بشرط أن تكون ممكنة غير مستحيلة ، ومعيّنة أو قابلة للتعيين ، وغير مخالفة للنظام العام .

وأما الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها امتناعاً عن عمل ، فثلاثها الحق الذي يثبت لتاجر معين في أن يتمتع شخص آخر عن أن يتافسه بتجارة مماثلة في حى محدد ، وحق أحد المسارح في أن يتمتع ممثل معين عن الاشتراك في مسرحيات غيره من المسارح ، وحق المؤجر في أن يتمتع المستأجر عن أن يجري في العين المؤجرة تغييراً من شأنه أن يضره <sup>(١)</sup> ، وحق رب العمل في أن يتمتع العامل عن إفشاء أسرارهِ التي يطلع عليها بمناسبة العمل <sup>(٢)</sup> .

يظهر مما سبق أن موضوع الحق الشخصي أو الالتزام ، هو عمل أو امتناع عن العمل ، أو هو عمل إيجابي أو سلبي . وقد جرى كثير من الفقهاء ، من قديم ، على القول بأن موضوع الحق الشخصي يشمل ، فضلاً عن أداء العمل والامتناع عنه ، إعطاء شيء معين . وهم يقصرون بذلك نقل ملكية هذا الشيء أو ترتيب أى حق عيني آخر عليه . فإذا باع شخص لآخر شيئاً . مثلاً ، قالوا إنه البائع يلتزم بأن يعطي هذا الشيء للمشتري ، بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل إليه ملكيته .

(١) راجع المادة ٨٥٠ / ٢

(٢) انظر في التزام العامل بعدم إفشاء أسرار التعليل مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ،



وإذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، ظهر لنا أنه لا يوجد في حقيقة الواقع ، التزام موضوعه هو إعطاء شيء بالمعنى الذي حددناه (١) . إذ أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يحدث بفعل القانون نفسه ، إذا توافرت ظروف معينة محددة ، دون أن يكون للمدين أى دخل في ذات حصوله ، وإن لزم في بعض الحالات ، أن يقوم المدين بعمل معين ، لكي تتوافر الظروف المطلوبة . ونسحق في هذه الحالات ، نجد أن الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه هو عمل معين ، يختلف باختلافها .

ولتوضيح هذا الأمر ، نأخذ على حدة كلا من الحالات التي يقول الفقهاء إنها تتضمن التزاماً بالإعطاء ، مراعين في ذلك طبيعة الشيء الذي يتعلق به الالتزام . وهذه الحالات لا تخرج عن ثلاث : فلما أن يكون الشيء متقولا معيناً بذاته ، ولما أن يكون متقولا معيناً بنوعه فقط ، ولما أن يكون عقاراً .

في الحالة الأولى ، إذا باع شخص ، مثلاً متقولا معيناً بذاته ، كحصان معين أو كتاب معلوم ، انتقلت الملكية من البائع للمشتري ، فور تمام البيع ، دون حاجة إلى أن يقوم البائع بعمل ما . فالملكية هنا تنتقل بقوة القانون ، بمجرد إبرام العقد ، دون أن يسوغ لنا القول ، إذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، بأن المدين يتحمل بالالتزام بإعطاء شيء ، أو بنقل ملكيته (٢) . ولا يصحح هذا القول أن يدعى البعض ، كما فعلت بعض المدونات القانونية نفسها ، ومن بينها مدونة القانون المدني المصري في المادة ٢٠٤ ، أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ، ثم يتخذ من تلقاء نفسه وفور نشوئه (٣) .

(١) أنظر من يقولون بهذا الرأي : Capitaint مقالة القانون ليلة ٧٨ -

Planiol et Ripert ج ١ ليلة ٢٦٥ . وراح مؤلفنا نظرية الحق ، ليلة ٢٨ .

(٢) أنظر في هذا المعنى Mazeaud المرجع السابق ، ليلة ١٩ .

(٣) تنص المادة ٢٠٤ مدني مصري المللي على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو لى حق حيز آخر يتخذ من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا نص عجيب . بل لعله فريد في السبب . فبؤداه أن البائع ، مثلاً ، يحصل بالالتزام بنقل الملكية للمشتري ، ثم يحتفظ هذا الالتزام من تلقاء نفسه وفور نشوئه ، بأن يرفق نفسه بنفسه في ذات اللحظة التي ينشأ فيها ، ودون أي تدخل -



وفي الحالة الثانية ، إذا باع شخص متقولا معينا بنوعه فقط ، كما إذا باع كمية من القمح أو الأرز ، دون تحديد للذاتيهما ، التزم البائع ، لا بنقل

من المدين . وما يتفق مع فكرة الالتزام ، في أبسط مظاهرها ، أن يقال عنه إنه يتخذ تلقائياً ، أي أنه يوفى نفسه بنفسه . فالالتزام يمثل عبداً على المدين . الأمر الذي يتطلب منه أن يقوم هو بوفائه ، أو في الأقل ، بوفيه غيره عنه . ثم إنه لا يستلزم تلقائياً أن يقال إن الالتزام يولد ويموت في ذات اللحظة التي يولد فيها . والأحرى أن يقال عنه هنا إنه لم يولد أصلاً ، وأن يقال بالتالي بأن ثمة التزاماً بنقل الملكية ، أو التزاماً بالإعطاء ، كما يسمى ، لم يتم أبداً في ذمة المدين ، وإنما نقل الملكية قد تم بقوة القانون ذاته ، وبمقتضى العقد نفسه ، وفور انعقاده .

ولقد كان فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر تمسكاً مع المنطق ، يسير على الفكرة التي ننادى بها . فهم ، بالنسبة إلى عقد البيع ، مثلاً ، يفرقون بين نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبين غير ذلك من الالتزامات التي تترتب في ذمة البائع ، كالتسليم والضمان . ويرون في نقل الملك أنه يترتب بحكم العقد . بمعنى أنه يترتب بحكم الشرع ، أو في لغتنا القانونية المعاصرة بقوة القانون . في حين أنهم يرون أن الالتزامات الأخرى تدخل في « حقوق العقد » ، بمعنى آثاره . بل إن من القوانين المصرية التي تقول إن الالتزام بنقل الملكية ، أو الالتزام بالإعطاء ، يتخذ من تلقاء نفسه ، من هذه القوانين ذاتها ما عاد إلى الصواب ، لقول إن نقل الملكية يتم بقوة القانون أو بمقتضى العقد . فالقانون المدني الفرنسي ، بعد أن نص في المادة ١١٣٨ منه ، بأن الالتزام بالتسليم ، الذي يتم بمجرد التراضي ، يحمل الدائن مالاً للشئ ( وهو صياغة مفرقة في الميب ) ، جاء يقول ، في المادة ١٥٨٣ منه ، بصدد عقد البيع ، إن الملكية تنتقل من المشتري بقوة القانون فور التراضي على الشئ والمثمن . والقانون المدني المصري ، بعد أن نص ، في المادة ٣٠٤ منه ، على أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ثم يتخذ من تلقاء نفسه . جاء بدوره بعد ذلك يولد بالصواب فيقول ، في المادة ٩٣٣ منه ، إن الملكية تنتقل بالعقد ، ويكتفى ، في هذا الصدد ، بأن يحمل المدين بالالتزام بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية ( المادة ٤٢٨ ) .

والحقيقة أن النص الميب الذي جاء به القانون المدني المصري في المادة ٣٠٤ منه والذي يقضى بأن الالتزام بنقل الملكية ، بالنسبة إلى المتقول المدين بالذات والمملوك للملزم ، ينشأ في ذمة المدين ويتخذ من تلقاء نفسه ، الحقيقة أن هذا النص الميب يرجع إلى اعتبارات محض تاريخية . فتواجهت في ظل القانون الروماني ، ولم يدها الآن من أثر .

في ظل القانون الروماني ، كان عقد البيع ، مثلاً ، لا ينقل الملكية بذاته ، وفور انعقاده . وإنما كاف يترتب عليه مجرد التزام شخصي على البائع بنقل الملكية . وكان يلزم ، لانقضاء الملكية بالفعل إلى المشتري ، الاتجاه إلى أحد الأشكال التي يحددها القانون ، والتي كانت تتركز في ثلاثة هي الإشباه *mancipatio* ، والتسليم *traditio* ، والتنازل القضائي *in iure cessio* . وكان التسليم أهم هذه الطرق الثلاثة . عملاً .

وفي سبيل الجبر من رتبة الشكليات للمقولة « أخذ الرومان ينهلون ما استعاروا من »



ملكية المبيع إلى المشتري ، ولكن بإفرازه فحسب ، حتى إذا ما أفرز المبيع انتقلت ملكيته على الفور ، وبقوة القانون .

= واقعة حدوث التسليم ، باعتبارها أمراً يؤدي إلى نقل الملكية . وانتهى بهم الأمر إلى عدم تطلبهم ضرورة حصول التسليم المادي لثبات الشيء المبيع . ولم في ذلك طرق ثلاثة شبيهة تستهدف كلها إحلاس حصول التسليم . وتلك الطرق هي الآتية :

(١) نبداً من أن يسلم الشيء بذاته ، أجزأ أن يسلم ، بدلا عنه ، ما يرمز إليه ، أو يخبره انتسلط عليه ، كتسليم مفاتيح المنزل . وهذا ما كان يعرف عندهم بالتسليم باليد الطويلة *traditio longa manu*

(٢) وإذا كان الشيء المبيع موجوداً ، قبل البيع ، في يد المشتري ، بصفة أو بأخرى ، كما إذا كان مستأجراً لإياه أو مستحيراً ، لم يعد ضرورياً أن يعيد المشتري هذا الشيء إلى البائع ، ثم يتولى هذا من جديد تسليمه إليه ، وإنما أصبح يكفي بأن يستمر المشتري في وضع يده على الشيء ، مفيراً في ذلك صفت من حائز عرضي يحوز لحساب غيره ، حائز قانوني يحوز لحساب نفسه ، وهذا هو التسليم باليد القصيرة *traditio brevi manu*

(٣) وإذا رتب ، في النهاية ، لسبب أو لآخر ، أن يظل البائع وأصفاً يده على الشيء ، كما إذا اتفق على أن يستجره أو يستعيره من المشتري ، لم يعد ضرورياً أن يسلم البائع الشيء للمشتري ، ثم يعيده بعد ذلك التأييد للأول ، وإنما ساع أن يعتبر التسليم واقعاً قانوناً ، برغم عدم انتقال الشيء مادياً من البائع ، اكتفاء بتغير صفة حيازته ، من أصيلة لحساب نفسه ، إلى عريضة لحساب المشتري . وهذا ما يطلق عليه التسليم بتغير سبب الحيازة *constitutum possessorum* هكذا أصبح الرومان لا يشهدون في كيفية حصول التسليم . وإن بقي لديهم في ذواته إجراء ضرورياً لنقل الملكية ، إلى جانب الإشهاد والتنازل القضائي .

ثم جاء القانون الفرنسي القديم يسير في نفس الاتجاه الذي سار عليه القانون الروماني . فهو مثله يتطلب التسليم لانتقال الملكية . وهو مثله أيضاً يميل على تسهيل حصوله . إلا أنه قاله إلى حد بعيد في هذه الناحية الثانية . فقد أضفى يكفي ، لاعتبار التسليم حاصلاً ، وبالتالي لاعتبار نقل الملكية واقعاً ، أن ينص في العقد على أن البائع قد تجل عن البيع . وأن المشتري قد تسلمه . تضمين العقد شرطاً يفيد ذلك أصبح يعنى حصول تسليم الشيء بالفعل ، مادياً كان هذا التسليم أم رمزياً . ويطلق على هذا الشرط شرط التخلية والتخويل *clause de dessaisine saisine*

ودرج الناس في عقودهم على أن يضمنوها الشرط السابق ، رغبة منهم في التحرر من رتبة الشكلية ، وتيسيراً لانتقال الملكية إلى المشتري ، حتى أصبح ، في العمل ، لا يوجد عقد يخلو منه . أو يكاد . ، وجبارة لغيره أصبح هذا الشرط من تلك التي تندرج آلياً في العقود العادية . اتفاق يجلس عليها *clause de style* . بل يفترض وجودها في العقد إن لم تذكر فيه صراحة . وبهذا يكون الفرنسيون القضاة قد وصلوا ، في حلحلة الواقع ، إلى جعل الملكية تنتقل بقوة القانون ، وإن ظلوا ، لتبهم الماضي ، ولشدة وطأة القانون الروماني عليهم ، =



وفي الحالة الثالثة ، إذا ورد التصرف بشأن عقار ، فإن نقل ملكيته إلى المتصرف إليه ، يتم أيضاً ، كما هو الشأن في الحالتين الأولىين ، بقوة القانون عند إجراء التسجيل ، دون أن يكون للمتصرف أي دور ، بالنسبة إلى ذات حدوث هذا النقل . فكل ما يلزم به المتصرف هنا هو أداء ما يلزم من جانبه من الأفعال التي تمكن المتصرف إليه من تسجيل التصرف ، كالتعامل على التصديق على توقيعه على العقد من مأمورية التوثيق ، إن كان هذا العقد عرفياً ، وكقديم مستندات ملكيته للشيء الذي تصرف فيه .

هكذا يبين أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يتم دائماً بقوة القانون ، إما بمجرد تمام العقد ( في المنقول المعين بذاته ) ،

وتفعل الشعور بالإجلال والقداسة نحوه في عميق نفوسهم ، يصوغون هذا الحكم على نحو يجعله ، شكلاً لا حقيقة ، متطابقاً بمحصول التسليم .

ثم جاءت مدونة نابليون ، في المادة ١١٣٨ منها ، تسجيلاً صادقاً وأميناً لقانون الفرنسي القديم ، في آخر مراحل تطوره ، حيث نصت على أن : « الالتزام يتسلم الشيء يتم بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين - وهو يحمل الدائن مالكاً للشيء ، كما يجعله تبعة حلاكه من المصلحة التي كان يجب أن يتم فيها التسليم ، حتى لو لم يحصل التسليم بالفعل ، وذلك ما لم يكن المدين قد أخذ بتسليم الشيء ، حيث تبقى تبعة حلاكه على هذا الأخير » .

وواضح مدى ما في هذا النص من عيب في الصياغة . إذ هو يقول إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينتقل الملكية .

بيد أن مدونة نابليون عادت بعد ذلك إلى الوضع السليم ، مقررة ، في المادة ١٥٨٣ منها ، أن الملكية تنتقل بمقتضى ذات العقد وبقوة القانون ذاته *de droit* ، وإن كان ذلك لا يصلح إلا بالنسبة إلى المنقول المعين بالذات ، دون المنقول المعين بالنوع ، ودون العقار . وجاء القانون المدني المصري متأثراً بالقانون الفرنسي ، قانونياً ، في المادة ٢٠٤ منه ، بأن الالتزام بنقل الملكية ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق . ثم عاد ليقول ، في المادة ٩٣٢ منه ، بأن الملكية تنتقل بالعقد .

وكان كل ما فعله القانون المدني المصري هو أنه خفف من حدة الخطأ الذي وقعت فيه مدونة نابليون ، دون أن يعينه بالكلية . فبدلاً من أن يفرق في الخطأ ، فيقول ، حل قرار المدونة الفرنسية ، إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينتقل الملكية ، قال إن الالتزام بنقل الملكية ينتقلها من تلقاء نفسه .



وإما بتمام العقد وإفراز الشيء ( في المقول المعين بنوعه فقط ) ، وإما بتمام العقد وتسجيله ( في العقار ) <sup>(١)</sup> .

فالمدين إذن ليس هو الذي يعطى الشيء للدائن ، وإنما القانون هو الذي يعطيه إياه . كل ماقى الأمر أن المدين يلتزم أحياناً بإجراء عمل معين : لكي يترتب ذلك الأثر . هذا العمل هو إفراز الشيء . في حالة المقول غير المعين بالذات ، وأداء مايلزم لتكوين المتصرف إليه من التسجيل ، في حالة العقار . وفي كلتا الحالتين : يكون موضوع التزام المدين هو أداء عمل .

خلاصة هذا كله أن موضوع الحق الشخصي : حسب المنطق القانوني الدقيق ، هو عمل أو امتناع عن عمل . وإذا كان كثير من الفقهاء يزينون ، على ذلك ، إعطاء الشيء ، فإن هذا القول تعوزه الدقة ، ومن ثم كان واجباً تجنبه <sup>(٢)</sup> ، أو لزوم في الأقل ، إذا رغبتا في أن نظل نساير القديم نucle ، أو لأخرى ، أن يكون إعطاء الشيء ، حيناً نقره موضوعاً للحق الشخصي ، أو للالتزام ، إلى جانب العمل أو الامتناع عن العمل ؛ أن يكون هذا الإعطاء مقصوداً به قيام المدين بعمل معين ، يتميز بأنه يستهدف نقل ملكية الشيء ، أو ترتيب حق عيني آخر عليه .

٥ - والحق الشخصي يعتبر حقاً ، إذا نظرنا إليه من زاوية صاحبه ،

---

(١) وفي جميع هذه الحالات الثلاث ، نفترض ، بطبيعة الحال ، أن الشيء ملوك للمتصرف . فإن لم يكن كذلك ، فإن الملكية لا تنتقل إلى المتصرف إليه ، إلا إذا حصل إقرار التصرف من المالك الحقيقي ، فضلاً عن توافر الإجراء القانوني المناسب ، إن لزم .

(٢) أنظر من القائلين معنا بهذا الرأي : حشمت أبوسيت ، نظرية الالتزام نبة ٢٦ - عبد المنعم الصلح ، نظرية الحق نبة ٢٦ . وقد تبقى هذا الرأي القانون الملقى المصري القديم ، حيث عرف الالتزام في المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بقوله : « التمتع هو ارتباط قانوني الفرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام التمتع بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » .

لما القانون المدني الفرنسي قد جاء متشعباً مع الفكرة التقليدية التي تجعل من الإحاطة موضوعاً للحق الشخصي . وفي ذلك تنص المادة ١١٠١ مدني فرنسي على أنه : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . أما قانوننا المدني المصري الحالي ، فقد قلل - عاماً - عن تصنيف الحق - الشخص أو الالتزام .



أى الدائن . وهو فى نفس الوقت يتمثل واجباً أو التزاماً ، إذا نظرنا إليه من زاوية من يتحمل غرمه ، أى المدين .

وإذا كان موضوع الحق الشخصى هو عمل إيجابى أو سلبى يقوم به المدين ، أو يحجم عن القيام به ، برزت لنا أهمية الدور الذى يؤديه هذا الأخير . فالدور الذى يؤديه المدين يفوق كثيراً ، فى الأهمية ، ذلك الذى يؤديه الدائن . ففى حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واستيفائه ، نجد العبء ثقيلاً باهظاً على المدين . فهو الذى يؤدي موضوع الالتزام ويتحمل بذلك عبءه . وهو الذى يتحمل بالمسئولية إن لم يؤده . من أجل ذلك جرت العادة من قدم . وفى كل تشريعات الدنيا ، على أن ينظر إلى الحق الشخصى من زاوية المدين أكثر من أن ينظر إليه من زاوية الدائن . الأمر الذى أدى بنا إلى أن نرى فيه عبءاً أو واجباً أو التزاماً أو ديناً يثقل كاهل الأول . أكثر من أن نرى فيه نفعاً أو ميزة أو حقاً مقررأ لصالح الثانى . من هنا غلب استعمال اصطلاح « الالتزام obligation »<sup>(١)</sup> على استعمال اصطلاح « الحق الشخصى » .

٦- يخلص مما سبق أن الحقوق المالية ، التى هى قوام قانوننا المدينى المعاصر . تنقسم أساساً إلى نوعين : حقوق عينية وحقوق شخصية ، أو التزامات كما يغلب أن تسمى . ولا يدخل النوع الأول من الحقوق فى نطاق دراستنا هنا . فنحن نخصص هذه الدراسة للالتزامات .

وإذا تناولنا هنا الالتزامات بالبحث والدراسة ، فإننا نعالجها داخل نطاق نظرية عامة . فنحن لا تناول القواعد التى تحكم التزاماً بعينه ، كالتزام

---

(١) الاصطلاح الفرنسى obligation الذى يقابل ، فى لغتنا العربية ، اصطلاح الالتزام ، والذى أضفى اليوم يفيد نفس المدلول لاصطلاحنا ، كان له ، فى أصل نشأته عند الرومان الأصقنى ، مدلول أكثر صرامة وشدة بالنسبة إلى المدين . فقد كان يفيد آنذاك معنى التقيد ، اعتباراً بأن المدين يفسى حقيداً نتيجة تحمله بالالتزام . فكلمة ob-ligatus اللاتينية تعيد التقيد . بل إنها كانت تعنى التقيد المادى ، اعتباراً بأن المدين كان يوضع فى السجن مقيداً بالسلاسل والأغلال ، تحت رحمة الدائن ، الذى كان له أن يسترقه ويبيعه فى السوق ، بل كان له أن يقتله ، إذا لم يوف له بما عليه .



البائع بالعمل على نقل ملكية المبيع مثلاً ، أو التزام المشتري بدفع الثمن ، أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ، أو التزام المقرض بدفع مبلغ القرض . وإنما نبين الأحكام الأساسية العامة التي تخضع لها الالتزامات في مجموعها ، بغض النظر عن ذاتية كل التزام .

ومن هنا نتمس دراستنا بالتعميم والتجريد . فهي تسمو على الجزئيات التي تختلف بالضرورة من التزام إلى آخر ، لترتق إلى الأسس التي تكاد تكون واحدة مشتركة في الالتزامات كلها ، أو في الأقل في مجموعة محددة منها .

٧ - وتوجد في القانون المعاصر ، نظرية رائدة للالتزامات . وتعتمد جنود هذه النظرية عميقاً في دنيا الماضي ، حيث تصل إلى عهد الرومان ، الذين وضعوا أسسها الأولى " .

(١) ولا نعي بذلك أنه قد تواجبت لدى الرومان نظرية عامة متكاملة للالتزامات . فكل هذه النظرية لم ترق عندهم في الحقيقة . إذ أنهم قسموا يتضم مصادر الالتزام ، ثم عرضوا بعد ذلك لتناول أحكام الالتزامات الناشئة من كل مصدر على حدة ، دون أن يتبعوا ذلك بدراسة عامة للالتزامات كلها ، وبغض النظر عن مصدرها ، بغية إبراز القواعد العامة الأساسية التي تحكمها في آثارها وفي انقضاءها . ومع ذلك فإن ما فعله الرومان يتضم مصادر الالتزامات ، وبيان كيفية نشأة الالتزامات المختلفة ، يعتبر في حد ذاته أول نواة لنظرية الالتزامات في شكلها المعاصر . وقد تأثرت مدونة نابليون بنهج القانون الروماني ، في تناولها أحكام نظرية الالتزامات . فهي قد تناولت الالتزامات المختلفة ، تحت المصادر المنشئة لها ، بادية بالالتزامات الناشئة من الاتفاق أو العقد ، ثم بتلك التي تنشأ من مصدر آخر غير الاتفاق ، قاصرة الكلام في آثار الالتزام وإثباته وانقضاءه على الباب المخصص للالتزامات الأولى ( الباب الثالث من الكتاب الثالث في المواد ١١٠١ إلى ١٣٦٩ ) ، دون ذلك التي تناول الالتزامات الثانية . وكان هذه الالتزامات الأخيرة لا تنفي آثاراً ، ولا تحتاج إلى إثبات ، ولا تنقضي .

والنيج التي يقتضيها المعلق ، في تناول أحكام نظرية الالتزامات ، هو أن تعالج الالتزامات في نشأتها ، أي في مصدرها ، ثم تسرد أحكامها العامة المشتركة المتعلقة بآثارها وانقضاءها ، بغض النظر عن مصدرها ، وهذا ما لجأ إليه القانون الألفاني بالفعل ، حيث عرض لآثار الالتزامات كلها ، بغض النظر عن مصدرها . ولكنه وقع في عيب منطقي من نوع آخر . إذ أنه قد تناول آثار الالتزام قبل أن يتناول مصادرهما ، وكان الالتزام يحيا ويميش ، قبل أن ينشأ ويولد !



وخلال القرون العديدة التالية ، وعلى الأخص في قرننا الحالى. والقرنين اللذين سبقاه ، تمت هذه النظرية وتطورت. وازدهرت إلى أن وصلت إلينا فى شكلها الرائع الذى نراها عليه اليوم .

٨- وأهم ما تتميز به نظرية الالتزام أن القواعد التى تدخل فى رحابها تدم بشئ كبير من الثبات والاستقرار . والسبب فى ذلك أن تلك القواعد لا تقرر إلا الأسس العامة التى تقوم عليها الالتزامات فى مجموعها ، دون أن تنطرق إلى الجزئيات والتفاصيل التى تنطوى عليها الالتزامات المختلفة ، والتى تتباين بداهة من التزام إلى آخر . وحظ الأسس العامة التى يقوم عليها أى نظام من التطور والتغير أقل بالضرورة من حظ الجزئيات والتفاصيل<sup>(١)</sup>.

ولكن ليس معنى ما سبق أن قواعد نظرية الالتزام هى قواعد أبدية خالدة لا يلحقها التغير . فجميع قواعد القانون . كلها وبدون استثناء ، لا يمكن . ولا ينبغى لها ، أن تكون ثابتة إلى الأبد . وما ذلك إلا لأن الغاية منها هى تنظيم الحياة فى الجماعة . وتلك الحياة تتغير وتتطور : حتى فى الأسس التى تقوم عليها ، بتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية . كل ما فى الأمر أن القواعد التى تدخل فى رحاب نظرية الالتزام ، يحكم أنها تقتصر على تنظيم

---

= وقد عدلت المونيات اللاحقة ، فى مجموعها ، إلى تلافى العيب الذى وقع فيه المشرع الألمانى ، حيث تبدأ بمصادر الالتزام ، ثم تتبعها بآثارها وانقضائها ( راجع Mazeaud المرجع السابق نبذة ٢٨ ) . وهذا ما انتهجته مدونة القانون المصرى .

(١) ولكون نظرية الالتزامات لا تتناول إلا الأسس التى تقوم عليها بوجه عام وبالثبات الأسس التى تقوم عليها الحياة المالية ، فإنه من الممكن التفكير فى توحيد القواعد القانونية التى تحكمها ، إن لم يكن فى كل الدول ، ففى الأقل فى المجموعات المتقاربة منها من حيث النظام القانونى الذى يسود فيها . ولقد وجدت بالفعل محاولة من هذا النوع بين فرنسا وإيطاليا ، انتهت بوضع مشروع مدونة الالتزامات والعقود المشتركة بين فرنسا وإيطاليا فى عام ١٩٢٧ . ولم يقدّر لهذا المشروع أن يصير مدونة قانونية ، فحضر أسباب سياسية . وفى سبيل توحيد قانون الالتزامات بين الدول ، أصدر المعهد الأمريكى للقانون والتشريع المقارن ، فى سنة ١٩٣٧ ، مشروع مدونة دولية للالتزامات .

وحسرى بنا ، نحن مشرء العرب ، أن نتمد إلى توحيد قانون الالتزامات فى دولنا الغربية ، سيما وأن عدداً كبيراً من هذه الدول يسير بالفعل على قانون موحد أو متشابه للالتزامات :



الأسس العامة للمعاملات المالية ، بل للحياة القانونية في مجموعها : هي أقل تغييراً وأميل للثبات والاستقرار من غيرها .

ولحة ولو سريعة إلى نظرية الالتزام في القانون الروماني وفي القانون المعاصر تقود إلينا الدليل واضحاً على أن قواعد تلك النظرية ، وإن اتسمت بشئ من الثبات النسبي ، إلا أنها لم تكن بمنأى عن كل تطور أو تغيير .

فالأمثلة كثيرة على حصول تغيرات جوهرية في نظرية الالتزام على مر الزمان . بل إن هذه التغيرات قد شملت طبيعة الالتزام ذاتها . فقد كان الرومان يرون في الالتزام رابطة شخصية تجمع بين المدين والدائن . الأمر الذي كان يحول دون إمكان تغيير أى من طرفيه . فما كان للدائن أن يتزل عن حقه لغيره . وما كان يسوغ للمدين أن يحول عبء دينه على شخص آخر ، يتحمل به مكانه . وقد تغيرت النظرة إلى الالتزام في وقتنا الحاضر . فأخذ يصطبغ ببصغة مادية ظاهرة ، من شأنها أن تضعف أثر العلاقة بين الدائن والمدين ، لتبرز أن الالتزام هو ، قبل كل شئ ، مال كغيره من الأموال ، الأمر الذي جعلنا نسمع أولاً بانتقاله من صاحبه إلى غيره ، عن طريق حوالة الحق ، ثم أخيراً من المدين إلى غيره ، عن طريق حوالة الدين (١) .

٩ - ولنظرية الالتزام أهمية بالغة . إذ هي تعالج ، كما قدمنا : الأسس التي تقوم عليها الالتزامات في مجموعها . والالتزامات هي قوام المعاملات المالية بين الناس . وقد أدى هذا بالفقهاء إلى أن يروا في نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون المدني .

بل إن أهمية نظرية الالتزام لا تقتصر على القانون المدني وحده ، وإنما تعداه إلى كافة فروع القانون الخاص الأخرى (٢) ، لاسيما القانون

(١) ومن التغيرات الأساسية التي طرأت على نظرية الالتزام ذلك الذي لحق مبدأ سلطان الإرادة في العقود . وسوف نتعود إلى ذلك فيما بعد ( انظر ما سبقه ، فقرة ٢٧ ) .

(٢) ولقد كان من شأن الأهمية القصوى للأحكام الباطلة في رجاء نظرية الالتزام ، وما تنسب به من تحول يجعله تخوفاً لغيره من فروع معين من فروع القانون ، أن جلبت بعض الدول إلى أن =



التجارى . إذ أن تنظيم المعاملات التجارية ، وإن تأثر بالضرورة بما تقتضيه التجارة من أوضاع ، إلا أنه يخضع ، فى أساسه ، للقواعد التى تنظم النشاط المالى بين الناس فى مجموعه ، أى لقواعد الالتزامات .

ولا تقتف أهمية نظرية الالتزام على فروع القانون الخاص ، بل تمتداه إلى فروع القانون العام ، لاسيما القانون الإدارى . فالقانون الإدارى ، فى تنظيمه للعلاقات التى تقوم بين جهة الإدارة وبين الأفراد ، يتخذ قواعد الالتزامات له أساساً ، وإن غير فيها وعدل على النحو الذى تقتضيه طبيعة تلك العلاقات ، من حيث وجود جهة الإدارة طرفاً فيها ، من ناحية ، ومن حيث إن الغاية التى يستهدفها القانون الإدارى ، فى تنظيمه تلك العلاقات ، تركز أساساً فى تسيير المرافق العامة على خير وجه وأفضله ، من ناحية أخرى .

١٠ — ويتنازع نظرية الالتزام ، عبر تاريخها الطويل ، مذهبان : أحدهما يغلب العلاقة القائمة بين طرفى الالتزام ، وهذا هو المذهب الشخصى .  
وثانيهما يغلب موضوع الالتزام ، وهذا هو المذهب المادى ..

فالمذهب الشخصى فى الالتزام يرى أساسه فى الرابطة التى تجمع بين الدائن والمدين . وهو بذلك يؤدى إلى عدم قيام الالتزام ، ما لم يتحدد طرفاه . كما أنه يؤدى إلى استحالة انتقاله من ناحية الدائن ، ومن ناحية المدين على السواء .

— تفرد لها مدونة خاصة بها ، إما وحدها وإما مع العقود المسماة ، اعتباراً بأن هذه العقود تمثل مصدرها الأساسى الغالب . فى سويسرا ، صدرت فى سنة ١٨٨١ للالتزامات مدونة خاصة مستقلة أطلق عليها « مدونة الالتزامات » . وإذا كانت هذه المدونة أدخلت فيما بين دفتى مدونة القانون المدنى السويسرى ، إلا أنها لازالت تحفظ باستقلالها وتسلسل موادها . وفى المغرب ، توجد مدونة خاصة بالالتزامات والعقود ، يطلق عليها « قانون الالتزامات والعقود » ، وإن تضمنت بعضاً من الأحكام التى لا تدخل فى رحابها ، وكذلك الشأن فى تونس .

يبد أن أفراد مدونة مستقلة لأحكام الالتزام بوجه عام ليس أمراً ضرورياً . فيمكن لهذه الأحكام أن تجد مكانها المرموق بين دفتى مدونة القانون المدنى . فالقانون المدنى هو الفرع الأميل فى دوة القانون الخاص ، ومن ثم يمكن لمدونته أن تضم فى فسح رحابها الأحكام القانونية التى من شأنها أن تسرى داخل نطاقه ، كما تسرى فى نطاق غيره من فروع القانون الأخرى ، وهى مهمة يظطلع بها بالفنل من قديم فى الأغلبية الكبرى من البلاد ، بدءاً بملونة نابليون إلى الآن .



وترجع نشأة المذهب الشخصي إلى القانون الرومانى ، حيث رأى فقهاؤه أن الالتزام رابطة قانونية *juris vinculum* ، تجمع بين الدائن والمدين ، كما سبق لنا أن بينا<sup>(١)</sup> . وساد هذا المذهب ، بوجه عام ، فى القانون الفرنسى ، كما ساد فى غيره من القوانين اللاتينية التزعة<sup>(٢)</sup> .

أما المذهب المادى فى الالتزام : فيقوم على تعليل موضوعه على طرفيه . فهو ينظر إلى موضوع الالتزام ، على اعتبار أنه الأمر الجوهري فيه . وهو فى نفس الوقت يضعف من أثر العلاقة التى تجمع بين الدائن والمدين . وهؤدى ذلك أن الالتزام يبرز ، لا على اعتبار أنه يثبت لشخص معين قبل آخر ، ولكن على اعتبار أنه يتضمن ، قبل كل شئ ، قيمة مالية ، الأمر الذى يميز تداوله تداول غيره من الأموال ، فيشترى ويبيع .

وكان لفقهاء الألمان ، وعلى الأخص *Geirke* ، فضل التبشير بالمذهب المادى والدفاع عنه فى ظل القانون المعاصر . وتأثر القانون الألمانى ، فى تنظيمه للالتزامات بهذا المذهب إلى حد كبير . وقد تأثر القانون الملى المصرى الحالى بلوره بهذه التزعة . ولكن إلى حد معين ، يقل كثيراً عما وصل إليه القانون الألمانى . أما قانون الفرنسى ، فلا زال مثالا قذاً للقوانين التى تسودها التزعة الشخصية ، وإن أضحي لا يخلو من بعض مظاهر المادية .

وإذا تركنا القانون المعاصر جانباً ، وعممتا وجهتنا نحو الفقه الإسلامى . وجدنا الدين فيه تسوده نزعة مادية ظاهرة ، لا تقل عن تلك التزعة المادية التى تسود الالتزام فى القانون الألمانى . فالاعتبار الأساسى فى الدين ، عند

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٣ .

(٢) بل إن هذا المذهب رأى له فى ألمانيا ، وهو مقل المذهب المادى فى الالتزام ، نصيراً كبيراً ، حيث دافع عنه الفقيه المالى *Savigny* ، على نحو لا يخلو من الشطط والإسراف . فقد رأى هذا الفقيه الكبير أن الالتزام يتضمن سيادة الدائن على المدين ، بالنسبة إلى مظهر محدد من مظاهر نشاطه . فهو ، عنده ، يتفق مع الرق ، من حيث إنه يظوى على السيادة والتسلط . وإن اختلف عنه بالضرورة فى الدوجة والشمول .



فقهاء المسلمين ، هو موضوعه ، حتى أنهم رأوا فيه مالا ، وإن كان حكماً . أما طرفا الدين ، وهما الدائن والمدين ، فاهمتهما أقل بكثير . وقد أدت التزعة المادية للدين بالفقه الإسلامى إلى أن يميز انتقال عبء الدين من المدين الأصل إلى غيره ، عن طريق حوالة الدين <sup>(١)</sup> . كما أدت به إلى القول بحلول أخرى كثيرة <sup>(٢)</sup> .

١١ - تقتضى نظرية الالتزام ، كما سبق لنا أن بينا ، رسم المخطوط العريضة للالتزامات ، ببيان القواعد العامة الأساسية التى تحكمها فى مجموعها : دون التعرض للقواعد التفصيلية الخاصة بكل التزام على حدة .

والالتزام شأنه فى ذلك شأن أى نظام قانونى آخر ، بل شأن كل كائن على وجه البسيطة ، يمر بمراحل ثلاث : فهو يولد ويحيا ويموت . وتستهدف دراستنا هذه تناول الالتزام فى ميلاده أو نشأته ، أو ما يسمى بمصادر الالتزام . على أننا لن نعالج فى هذا المؤلف مصادر الالتزام جميعها ، وإنما نجتزئ منها بأولها وأكثرها شيوعاً وأهمها على الإطلاق ، وهو العقد : ملحقين به الإرادة المنفردة ، حيث إنه يجمع بينهما كون الإرادة هى الأساس فى إنشاء الالتزام ، الأمر الذى يمكن معه أن يدخلها معاً فى رحاب ما يمكننا أن نطلق عليه المصدرين الإراديين لنشأة الالتزام . والأمل ، معقود على أن نتمكن بعونه تعالى من أن نعرض ، فى مؤلف ثان : لمصادر الالتزام الأخرى ، وهى التى يمكن أن نطلق عليها المصادر غير الإرادية ، اعتباراً بأنها على خلاف من العقد والإرادة المنفردة ، تنشئ الالتزام دون مادخل للإرادة .

---

(١) والغريب فى الفقه الإسلامى أنه أجاز انتقال عبء الدين من المدين الأصل إلى غيره ، أى حوالة الدين ، فى حين أنه لم يميز فى مجموعته انتقال مزيته من الدائن الأصل إلى دائن آخر ، أى حوالة الحق ، فيما عدا حالة الميراث والوصية . على أن ذلك هو رأى الجمهور ، ولم يجمع عليه فقهاء المسلمين . فهناك بعض من قال بإمكان انتقال مزية الحق من الدائن إلى غيره ، أى حوالة الحق ، بمقتضى البيع أو الهبة أو حتى الزهن . وعلى رأس هؤلاء فقهاء المذهب المالكن . راجع على الخفيف ، التصرف الإرادى والإرادة المنفردة ص ٢٥ وما يتبعها .

(٢) ومن هذه الحلول ما قال به فقهاء المسلمين من إمكان وجود الدين حتى لو كان الدائن شخصاً لم يضمن بئذ ، كما فى الجملة ، وإن كان هذا مما يصح المدول عنه قبل الشروع فى السؤل . وعلى الجملة أجاز فقهاء المسلمين الالتزام بالإرادة المنفردة .



## كلمة تمهيدية الالتزام في ميلاده أو مصادر الالتزام

١٢ - لكي ينشأ الالتزام ، لابد من وجود مصدر مخلقه ، ويبحث الحياة فيه . ولذلك جرت عادة الفقهاء على تناول نشأة الالتزام أو ميلاده تحت عنوان يحمل اسم « مصادر الالتزام » ، اعتباراً بأن بيان تلك المصادر يتضمن في ذاته بيان نشأة الالتزام .

ويقصد بمصدر الالتزام الأمر الذي يولده . أو هو ينبوع الذي يستقى منه الالتزام وجوده .

وإلى القانون ترجع نشأة الالتزامات جميعاً . فلا قيام لأحد منها : مالم يقره القانون ويعترف به ، شأنه في هذا شأن سائر الحقوق والواجبات ، المالية منها وغير المالية على السواء .

بيد أن القانون ، وإن كان هو الذي يولد الالتزامات ، إلا أنه لا يولدها بطريق مباشر . فهو يعلق قيامها على حدوث وقائع معينة يحددها . فهو لا يقول ، مثلاً ، إن شخصاً معيناً يتحمل لصلح آخر بالتزام محدد . ولكنه يقرر قيام هذا الالتزام ، إذا كان ثمة اتفاق يقضي به ، أو إذا حدثت واقعة أخرى من الوقائع العديدة المختلفة التي يمنحها قوة خلقه . وهكذا فالقانون ، وإن كان مصدر كل الالتزامات ، إلا أنه يتزوى إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . أما مصدرها القريب المباشر ، فهو ذات الواقعة التي يتطلب القانون حدوثها لقيامها . والمصدر القريب المباشر هو الذي يقصد عادة باصطلاح « مصادر الالتزام » .

١٣ - ومصادر الالتزام ، بالمعنى الذي انتهينا إليه ، عديدة متنوعة . فالبيع ، مثلاً ، ينشئ التزامات متبادلة على البائع والمشتري . والإيجار ينشئ التزامات متبادلة على المؤجر والمستأجر . والوعد بجائزة تعطى عن



عمل معين ينشئ في ذمة الواعد التزاماً باعطائها لمن يقوم به . والفعل الخاطئ الذي يؤدي إلى إصابة شخص بضرر ينشئ التزاماً في ذمة مرتكبه بتعويض هذا الضرر . وقيام شخص بترميم جدار مملوك لآخر ، أراد أن يتقضى في غيابه ، يحمل صاحب الجدار التزاماً بتعويض من رمه عن كل الحسارة التي لحقت من جراء فعله ، أو على الأقل في حدود ما أثرى به صاحب الجدار . والقراءة تؤدي إلى تحميل الشخص المورس بالتزام بالنفقة لصالح المحتاجين من أقربائه . كل هذه وقائع تؤدي إلى نشأة الالتزام . وغيرها كثير ينتهي عن الحصر والبيان .

وكان طبعياً ، أمام تعدد الوقائع التي تنشئ الالتزام واختلافها ، أن يعتمد القانونيون إلى ردها إلى أصول تجمع بينها ، تمثياً مع منطق القانون ومقتضيات فنه وصناعته .

١٤ - وفي هذا الصدد ، نجد مذهباً تقليدياً ، ساد في فرنسا طوال القرن التاسع عشر ، ولازال الكثيرون من فقائها يقولون به حتى الآن ، وإن أخذت أسهم النقد الجارحة تأتيه من كل جانب . وهذا المذهب يقسم مصادر الالتزامات إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ثم القانون .

ويقصد بالعقد Contrat توافق إرادتي طرفين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما ، كالبيع والإيجار . أما شبه العقد quasi contrat ، فيقصد به عمل مشروع ، يقوم به صاحبه بإرادته ويؤدي إلى نفع شخص آخر ، من غير أن يكون ملزماً بذلك قانوناً ، كما إذا قام شخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر دون أن يطالب منه القيام به أي النضالة ، وكما إذا دفع شخص لآخر ماليس بمستحق عليه ، من غير أن يقصد التبرع له بما دفع . ويقصد بالجريمة délit ارتكاب فعل غير مشروع يؤدي إلى إيلاء الغير ، عن قصد من صاحبه . أما شبه الجريمة quasi délit : فيقصد به الفعل غير المشروع الذي يحدث ضرراً بالغير والذي يرتكبه صاحبه عن غير عمد ، وإنما عن رغبة أو إهمال . أما الالتزامات الناشئة عن القانون la loi فيقصد بها تلك التي تنشأ عن



وقائع أخرى غير ماسبق ذكره ، كالالتزام بالنفقة المقرر لصالح المحتاجين في ذمة ذوى اليسار من أقربائهم .

وقد قال بهذا التقسيم لمصادر الالتزام بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم في أوائل القرن الثامن عشر . وقد أخذ به على الأخص أشهر فقهاء هذا العصر وهو Pothier . وعن هذا الفقيه انتقل إلى مدونة نابليون .

وكان من شأن تبني مجموعة نابليون للتقسيم الحماسى السابق لمصادر الالتزام أن منحه قوة كبرى جعلت الفقهاء الفرنسيين يجمعون على الأخذ به طوال القرن التاسع عشر ، بل لازال بعض الفقهاء المعاصرين منهم يأخذون به حتى الآن . وقد زاد في قوة هذا التقسيم الاعتقاد الذى ساد في القديم من أنه مستقى من القانون الرومانى .

١٥ - وإذا أردنا أن نضع هذا التقسيم لمصادر الالتزام في الميزان ، وجدنا العيب يكتمه من كل جانب . فليس صحيحاً ، من ناحية ، أن أصله يرتد إلى القانون الرومانى ، فالرومان يربثون من وزره . ومن ناحية أخرى . فهو في ذاته فاسد محض في فساد .

فلم يقل الرومان أصلاً بتقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وإنما هذا التقسيم نسب إليهم بهتاناً ، نتيجة خلط وقع فيه شراح القانون الفرنسى القديم .

فقد قسم الرومان ، في مستهل عهد شريعهم العريقة ، مصادر الالتزام إلى نوعين : الجريمة <sup>(١)</sup> delicta والعقد contractus .

---

(١) وكانت الجريمة delicta عند الرومان نوعان : الجريمة العامة الجنائية delicta publica-crimina ، وهى التى تقابل الجريمة الجنائية في وقتنا الحاضر ، والجريمة الخاصة delicta privata ، وهى التى تقابل العمل غير المشروع الآن . والجريمة العامة تقوم على إثبات فعل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بمصالح المدينة أو إلى سخط الآلة ، كجريمة الحرب من الجندية أو الحياة السطى والاعتداء على الديانة . وكانت السلطة العامة هى التى تتولى الادعاء في الجريمة العامة . وكانت الدعوى ترفع أمام المحكمة الجنائية . وكانت العقوبة في أغلبها بدنية أو ماسة بالجريمة . أما الجريمة الخاصة ، فتقوم على عمل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بالمصالح الفردية ، كجريمة الاعتداء على =



وقد دعاهم إلى هذا التقسيم الثنائي ما كان يروونه وقتئذ من أن الأمرين السابقين وحدهما هما اللذان يولدان الالتزام ، دون غيرهما من الوقائع والأحداث<sup>(١)</sup> ، وكان يقصد بالجريمة ، في أول عهد شريعة الرومان ، معناها الغابر القديم ، وهو الاعتداء المتعمد المقصود<sup>(٢)</sup> ، اعتباراً بأن هذا الاعتداء يحمل مرتكبته بالدية في بعض الأحيان .

وبعد قليل من الزمان ، أذن الرومان لبعض وقائع أخرى متفرقة . غير العقد والجريمة . أن تولد بدورها الالتزام . فكان طبعاً أن يتسع تقسيمهم لمصادر الالتزام ليشمل تلك الوقائع الجديدة . فأصبح التقسيم ثلاثياً ، شاملاً إلى جانب العقد والجريمة ، ما أطلقوا عليه « الأسباب المختلفة *variae causarum figurae* »

هكذا انتهى الرومان إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى ثلاثة : الجريمة وانعقدت والأسباب المختلفة . وظل هذا التقسيم معمولاً به عندهم إلى آخر مراحل تطبيق شريعتهم . كل ما في الأمر أن قسّمهم الكبير *Gaius* أراد أن ينسق بين الالتزامات التي تنطوي تحت ما أطلق عليه « الأسباب المختلفة » . فراحه أن بعضها يقترب من تلك الناشئة عن الجريمة ، وأن بعضها الآخر يقترب من تلك التي تنتج عن العقد ، وذلك على الأخص من حيث الأثر . فأراد أن

---

= ضرب الأسرة أو أحد أفراد أسرته أو رفيقه *injura* وجريمة السرقة . وكانت الدعوى ، في الجريمة الخاصة ، ترفع من المضرور أمام البريتور المدف ويتنفس إجراءات الدعاوى المدنية الأخرى ، وإن كان الجزء عليها يمثل في أداء مبلغ من النقود ، يزيد على مدى الضرر ، ليتضمن ، إلى جانب التصديع عنه ، فكرة العقوبة *poena* . وقد أدت نظرة الرومان إلى الأمن التي تؤذي المصالح الفردية وتؤدي إلى توقيع الجزاء عليها على اعتبار أنها جريمة ، إلى عدم إباحتها إلا في الأحوال التي كان يسمح بها القانون مباشرة ويحددها ، إعمالاً لقاعدة أنه لا جريمة إلا بناء على قانون .

(١) بل إن الرومان لم يصلوا إلى أن يحملوا من الجرائم والعقود مصادر عامة لنشأة الالتزام . وإنما كانوا يقررون تولد الالتزامات عن جرائم معينة بذاتها حدودها عن سبيل الحصر ، وأن أخذ بعضها يتزايد على مر السنين .

(٢) وإن كان مفسون الجريمة قد اتسع فيما بعد ، حيث إن جريمة اختلاف الأموال ، التي تقررت بمقتضى قانون *Aquila* ، مع التصديلات التي أدخلها عليها البريتور ، كانت تشمل ، إلى جانب الاعتداء المتعمد ، ذاك غير المتعمد .



يعبر عن تلك الفكرة : فقال عن الالتزامات الأولى ، إنها تشابه مع تلك التي تنتج بمقتضى الجريمة <sup>(١)</sup> quasi ex delicto وعن الثانية ، إنها التزامات تشابه مع تلك التي تتولد بمقتضى العقد <sup>(٢)</sup> quasi ex contractu واتخذ هذا الصريق مكاناً في مجموعة Justinien

ثم حدث ، في أواخر عهد القانون الفرنسى القديم ، أن وقع تحريف فيما قال به Gaius ومن بعده Justinien ، فبدلاً من القول بأن هناك التزامات تشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة quasi ex delicto ، قيل إن هناك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة ex quasi delicto . وبدلاً من القول بأن هناك التزامات تشابه مع تلك التي تنتج عن العقد quasi ex contractu ، قيل بأن هذه الالتزامات تنشأ عن شبه العقد ex quasi contractu . وهكذا نشأ في لغة القانون اصطلاحان جديدان . هما : شبه الجريمة وشبه العقد . وهما غريبان عن الرومان : وإن جاءا نتيجة تحريف عبارتهم : ذاك التحريف الذى نشأ نتيجة تقديم كلمة (ex) على كلمة (quasi) .

يظهر مما سبق أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون لا يرجع في أصله للقانون الرومانى ، بل هو من خلق بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم .

وإذا صرفنا النظر عن أصل هذا التقسيم إلى الحكم عليه في ذاته ، وجدناه

---

(١) فالذى كان Gaius يعنيه هنا هو اعتبار الالتزام كما لو كان ناشئاً عن الجريمة ، لا من حيث المصدر فهو لا ينشأ عن جريمة في واقع الأمر ، ولكن من حيث الأثر المترتب على الالتزام ذاته . ففي كلتا الحالتين ، كان يجوز للالتزام ، أن يتجاوز ، في مقداره مدى الضرر الذى لحق الدائن ، اعتباراً بأنه كان يتضمن أيضاً معنى العقوبة . وفي كلتا الحالتين أيضاً ، كان الالتزام يقع على عاتق المدين شخصياً ، فلا يتحمل به وارثه من بعده . وتعبيراً عن هذه الفكرة ، قال Gaius ، عن الالتزامات التي نحن بصددھا ، إن المدين يلتزم بها كما لو أنه كان يلتزم بجريمة quasi ex delicto tenetur

(٢) وهنا أيضاً كان Gaius يعنى أن هناك ، إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقد ، التزامات أخرى تشابه معها في الأثر ، أى التزامات يتحمل بها المدين ، كما لو أنه كان يتحمل بالتزامات ناشئة عن العقد Quasi ex contractu tenetur



فاسداً ممعناً في فسادہ ” . والعيوب التي تشوبه كثرة . وأهمها الأمران الآتيان :

١ - ما أطلق عليه ( شبه العقد ) لا يشبه العقد من حيث إنه يولد الالتزامات . ففي العقد نجد أن الإرادة المتبادلة لطرفيه هي التي تولد الالتزامات الناشئة عنه . فالالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، مثلاً ، تقوم بسبب أن الإرادة المشتركة لكل من البائع والمشتري ارتضت قيامها . فالقانون هنا يقتصر على تقرير شرعية ما توجهت إليه تلك الإرادة .

وليس الحال هكذا فيما أطلق عليه ( شبه العقد ) . فالالتزام الذي تعزى نشأته لهذا المصدر يقوم نتيجة حصول فعل معين ، بصرف النظر عن إرادة صاحبه أو غيره في التحمل به . فالقضوى (٢) ، مثلاً ، يتحمل بالالتزام بالمضي في العمل الذي يبدأه إلى أن يتمكن من مجرى لصالحه من مباشرته بنفسه ( المادة ١٩١ ) . كما أنه يلتزم بأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد ( المادة ١٩٢ ) . ولا يرجع تحمله بهذين الالتزامين إلى انصراف إرادته إلى التحمل بهما ، ولكن إلى مجرد قيامه بالعمل . صحيح أن القضوى يقصد القيام بالعمل الذي يأتيه ، ولكن الالتزامات التي يتحمل بها لا ترجع إلى رغبته في التحمل بها . فسواء انصرفت إرادته إلى ذلك ، أم أنه يفكر فيه أصلاً . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . إذ أن أثر الفضالة لا يقتصر على ترتيب الالتزامات على القضوى ، بل إنها تحمل رب العمل نفسه بعدة التزامات ، أهمها دفع كل المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها القضوى ، وهو في سبيل القيام بالعمل مع فوائدها من يوم دفعها ( المادة ١٩٥ ) . والالتزامات التي يتحمل بها رب العمل لا تمت بصلة إلى إرادته . فهي تثقل كاهله برغم

---

(١) انظر ، في نقد هذا التقسيم Planiol . في مقاله المنشور في rev. critique ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) وهو الشخص الذي يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك ( المادة ١٨٨ ) . ومثاله أن يلجأ شخص عن قصد إلى ترميم جدار مملوك لا غير يريد أن ينقش ، من غير أن يطلب منه ترميمه .



نفه . وماقلناه عن الفضالة يسرى على دفع غير المستحق ، حيث إنه يترتب عليه التزام المستلم برد ماأخذ بغير وجه حق ، من غير أن يكون لإرادته أى أثر فى تحمله هذا الالتزام .

هكذا يبين أن الخلاف أسامى بين العقد وبين ماأطلق عليه ( شبه العقد ) من حيث إنهما ينشئان الالتزام . ففى حين أن الأول يقوم على منح الإرادة المشتركة لطرفيه قوة خلق الالتزام ، نجد أن الثانى يقوم على ترتيب الالتزام نتيجة وقوع فعل معين ، دون أن يكون للإرادة أى دور فى هذا الترتيب ، وإن أمكن أن يكون لها دور فى وقوع العمل نفسه . وإذا كان الأمر هكذا ، فإن تشبيه الثانى بالأول يقع فى غير محله .

٢ - والعيب الثانى الذى يوجه إلى التقسيم الذى نحن بصددده يقوم على أنه لا يوجد مبرر معقول للتفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة ، باعتبار أنهما ينشئان الالتزام . فقصده الإضرار ، الذى هو قوام تلك التفرقة ، لا يهم فى القانون المدنى ، حيث إن هذا القانون يستهدف مجرد التعويض عن الضرر الذى يحدثه الفعل . وذلك بخلاف الحال فى القانون الجنائى ، حيث يستهدف توقيع العقاب على الجانى ، زجراً لنفسه . وردعاً لغيره من الناس . فالالتزام بالتعويض ينشأ عن كل فعل خاطئ يضر الغير ، بعض النظر عما إذا كان هذا الفعل قد ارتكب عن قصد وعمد ، أو كان قد ارتكب عن رعونة وإهمال . ويتحدد هذا الالتزام ، فى مدهاء ، بمقدار الضرر ، وذلك فى الحالتين كليهما . فالمهم هنا هو قدر جسامته الضرر ، وليس قصد الأضرار (١) .

(١) ويلاحظ أن الرومان أنفسهم لم يدخلوا فى اعتبارهم قصد الأضرار أو علمه ، عند قولهم بنشوء الالتزام بالتعويض عن الجريمة أو بنشوء التزام بالتعويض يشابه ذلك الناشئ عن الجريمة . وإنما الأساس الذى اعتبروه هنا هو وجود نص فى القانون يعتبر الفعل جريمة أو عدم وجود مثل هذا النص . فبعض الجرائم كان يقوم على فعل غير عمدى . ومثال ذلك جريمة إتلاف المال *demnam injuria datum* التى تقررت بمقتضى قانون *Aquilian* فهذه الجريمة ، مع التعديلات التى أدخلها البريتور عليها ، كانت تشمل الإعتداء المتعمد وذلك غير المتعمد على حد سواء . ثم إن الأقوال التى اعتبرها الرومان مشابهة لجرائم من حيث إنها تولد مثلها -



من كل هذا يظهر أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون هو تقسيم فاسد . وكان من شأنه فسادُه أن هجرته أغلب التقنيات التي وضعت بعد المجموعة الفرنسية ، حتى تلك التي استوحتها .

١٦ - وإذا طرحنا جانبا التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام ، رأينا أنه يمكن رد تلك المصادر إلى نوعين أساسيين :

أولهما يقوم على الإرادة ، من حيث إنها هي التي تولد الالتزام فيه ، بمعنى أنها هي التي ترتضى قيام الالتزام ، ولا يفعل القانون أكثر من أن يبنى رضاءها ذلك ، فيقيم الالتزام اعتداداً به . ويطلق على هذا المصدر التصرف القانوني . وهو يشمل التصرف القانوني الصادر من جانب واحد . أي نتيجة الإرادة المنفردة ، والتصرف القانوني الصادر من جانبين أو إرادتين ، وهذا هو الاتفاق أو العقد .

والنوع الثاني من مصادر الالتزام يقوم على حدوث واقعة معينة يترتب على مجرد حدوثها نشأة الالتزام ، من غير أن يكون لإرادة شخص ما أدنى أثر في ذات قيامه . ومثال ذلك أن يدهم رجل بسيارته شخصاً آخر . فيصيبه بأذى . إذ أن مجرد وقوع الحادثة مع نشأة الضرر عنها ، يولد . على سائق السيارة ، التزاماً بتعويض المضرور ، دون ما دخل لإرادة أى من هذين الشخصين في نشأة الالتزام .

وهكذا نصل إلى أن التقسيم المنطقي لمصادر الالتزام هو تقسيم ثنائي . يقوم على التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية <sup>(١)</sup> . وهو تقسيم

---

= الالتزام بالتعويض كانت تتضمن أفعالا عمدية وأفعالا غير عمدية . ومثال الأولى جور القاضى أو ظلمه لأحد الخصوم وإلقاء شئ من السكن . راجع في ذلك مؤلفنا : المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة لقسم الدكتوراه في جامعة الكويت عام ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

(١) انظر مؤلفنا : نظرية الحق ، نبذة ١٨٣ .



لا يقتصر على الالتزامات وحدها ، بل يسرى أيضاً على كافة الحقوق والواجبات (١) .

١٧ - ويبدو أن هذا التقسيم الثنائي هو الذي راق للمشرع المصري في مدونة القانون المدني الحالية ، وإن لم يصرح في ذات نصورها بما بني عن ذلك . فإذا كانت هذه المدونة لم تتضمن نصاً يحدد مصادر الالتزام أو يقسمها ، مراعاة منها لمقتضيات فن صناعة التشريع (٢) . إلا أنها تناولت هذه المصادر بترتيب معين وفي فصول متعاقبة يتم عن أنها ترددا إلى مصدرين

(١) ويقول فقهاء المسلمين بتقسيم مقارب لمصادر الحقوق . فهم يرجعون هذه المصادر إلى ما يطلقون عليه « التصرفات القولية » و « التصرفات الفعلية » . وهم يقصدون بالتصرفات القولية الحالات التي ينشأ فيها الحق نتيجة إرادة ذوى الشأن ، اعتباراً بأن القول أو القبط هو الوسيلة الأساسية للتعبير عن تلك الإرادة . أما التصرفات الفعلية ، فهي تلك التي تقوم على فعل الإنسان . ومن الممكن أن نرى ، فيما يطلق عليه فقهاء الشريعة « التصرفات القولية ما يصادف مع ما نطلق عليه نحن ، في ظل القانون المعاصر ، « التصرف القانوني » . أما « التصرفات الفعلية » ، فهي تقابل عندنا « الوقائع القانونية » ، دون أن تتطابق معها تمام المطابقة . إذ أن التصرفات الفعلية وفق ما يندل عليها اسمها ، هي تلك التي تقع بفعل الإنسان . أما الواقعة القانونية ، في ظل القانون المعاصر ، فتعني كل حدث يقع وينتج عنه أثر قانوني ، دون أن يكون للإرادة دخل في ذات إنتاج هذا الأثر ، وسيان بعد ذلك أن يقع الحدث بفعل الإنسان ، كما إذا دهم رجل سيارته أحد المارة ، فأحدث به الأذى ، أو أن يكون قد وقع بفعل فعله ، وإنما بفعل الطبيعة ذاتها كالولادة والموت والقرابة والجوار ، وهذه هي ما يطلق عليها : الوقائع الطبيعية .

هكذا نرى أن تقسيم فقهاء المسلمين مصادر الحق إلى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية يقارب إلى حد كبير تقسيم القانون المعاصر هذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، وإن كان لا يتطابق أو يتماثل معه تماماً . انظر في ذلك : منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني ، دروس الدكتوراه في جامعة الكويت ، لعام ١٩٧٢ / ١٩٧٣ ، ص ٤ . وقارن أستاذنا السهوى ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ١ ص ٦٩ . ويرى الفقيه السهوى أن التقسيم الإسلامي لمصادر الحقوق إلى تصرفات قولية وفعلية مطابق لتقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، في حين أن المطابقة ليست تامة كما بينا .

(٢) وفي ذلك يختلف قانوننا المصري الحالي عن قانوننا القديم الذي تضمن في المادة ٩٣ / ١٤٧ منه ترتيباً معيناً لمصادر الالتزام ، وذلك بقوله إن « الشهادات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن قتل أو عن نص في القانون » . ويلاحظ على هذا النص أنه أغفل الإرادة المنفردة . كما أن اصطلاح « القتل » الذي تضمنه يقصد به العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير ، وهو بذلك يقابل اصطلاح الواقعة القانونية في لغتنا الحديثة .



أساسيين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهي تبدأ بالعقد ، ثم تملؤه بالإرادة المفردة ، وهما اللذان يكونان في مجموعهما التصرف القانوني . ويعد ذلك تعرض مدونة القانون المدني للمصادر الأخرى التي ترد كلها إلى الواقعة القانونية ، فتتكلم في الفعل الضار ، ثم في الفعل النافع ، لتنتهي بالمصدر الأخير الذي جرت العادة على أن يضفى عليه اسم « القانون » .

١٨ - وإذا كان التقسيم الثنائي لمصادر الالتزامات هو الذى يقتضيه المنطق ، إلا أننا - أخذاً بالاعتبارات العملية - سنعرج في دراستنا لتلك المصادر نوعية كل منها . متبعين نفس الترتيب الذى سارت عليه مدونة القانون المدني .

١٩ - هكذا يرسم لنا منهاج دراستنا لمصادر الالتزام . فنبداً بالكلام في العقد . ثم تتبع بالإرادة المفردة . ونعقب بالفعل الضار . ثم يجرى الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير . لينتهي المطاف بالالتزامات التي تعزى نشأتها إلى القانون .

٢٠ - وسوف نجتزئ ، في هذا المؤلف ، بتناول العقد والإرادة المفردة ، اعتباراً بأنهما يمثلان المصدرين اللذين يقومان على الإرادة ، أى باعتبارهما المصدرين الإراديين في نشأة الالتزام . أما المصادر الأخرى ، فسوف نخصص لها مؤلفاً آخر .

٢١ - والعقد هو أهم المصادر المنشئة للالتزام . بل إن المصادر الأخرى مجتمعة لاتتناسب معه بمفرده في الأهمية . فهو ينشئ الأغلبية الساحقة من الالتزامات .

ونعالج نظرية العقد في أبواب أربعة : فنبداً ، في باب تمهيدى . بالتعريف بالعقد . ثم نعالج ، في الباب الأول ، قيامه . ونعقب ، في الباب الثانى ، بآثاره . وننتهى ، في الباب الثالث ، بالأمور التي قد تطرأ عليه فتزيله ، أى انحلاله . وسوف تتبع دراسة نظرية العقد بدراسة نظرية الإرادة المفردة ، باعتبار أنها ، لقلة أهميتها نسبياً في إنشاء الالتزام ، يمكن إلحاقها بالعقد . ونخصص لذلك الباب الرابع والأخير .



## باب تمهيدى

### فى التعريف بالعقد

٢٢ - تقتضى دراستنا للعقد أن تبدأ بكلمة عنه ، تستهدف التعريف به . ونلجأ فى هذا المجال إلى بيان المقصود منه : ونحدد أساسه ونطاقه ، ونبرز أهميته ، ثم نتناول بعد ذلك كله التفسيرات العديدة التى ترد عليه .

### ٢٣ - تعريف العقد :

لم يورد القانون المدنى المصرى تعريفاً للعقد <sup>(١)</sup> ، وهو إن توافق فى ذلك مع بعض القوانين فى الدول المختلفة . فهو يتخالف مع كثرة من قوانين أخرى <sup>(٢)</sup> .

ويمكن تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون . وهذا هو التعريف السائد فى الفقه المعاصر بالنسبة إلى الجوهر . وإن اختلفت العبارة من فقيه لآخر . ولعله يكون من الأدق أن نقول ، فى تعريف العقد . بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون <sup>(٣)</sup> . وهذا تعريف مستمد من الفقه الإسلامى مع شئ من التعديل .

---

(١) ورد فى مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى (المادة ١٢٢) تعريف للمقد مؤداه « المقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تمثيلها أو إنهاؤها » . ولم يرد هذا التعريف فى القانون ، « حتى يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه » .

(٢) تباين أمر التقنيات ، فى الدول المختلفة ، فى شأن تضمين النصوص تعريفاً للعقد . فبعضها سار عليه ، كالقانون الفرنسى (المادة ١١٠) ، والقانون الإيطالى (المادة ١٠٩٨) ، والقانون الأسبانى (المادة ١٢٥٤) ، والقانون البرتغالى (المادة ٦٤١) ، والقانون الهولندى (المادة ١٣٤٩) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (المادة الأولى) ، ومشروع تنقيح القانون المصرى (المادة ١٢٢) ، والقانون اللبنانى (المادة ١٦٥) ، والقانون العراقى (المادة ٧٣) ، والقانون الأردنى (المادة ٨٧) ، والقانون الكويتى (المادة ٣١) . والبعض الآخر من التقنيات تجنب إيراد تعريف للعقد ، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون المغربى .

(٣) وهذا هو التعريف الذى تخيرناه للقانون المدنى الكويتى ، وورد فى المادة ٣١ منه . وهو فى الحقيقة أدق من التعريف السائد فى الفكر القانونى المعاصر ومؤداه أن العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر أو توافق إرادتهما على إحداث أثر قانونى . فلا اتفاق أو التوافق لا يمكن فى ذاته =



ومن تعريفنا للعقد على نحو ماسبق ، يبين أنه يقوم على أمرين أساسيين :  
توافق الإرادتين أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، وهو ما يكون الإرادة  
المشتركة ، أى الرضاء ، وهو الركن الركين لللازم لقيام العقد . والأمر الثانى  
الذى يقوم العقد عليه هو أن يبتنى به إحداث أثر يرتبه القانون ، أى يتحقق  
بالجبر والإلزام وينطوى على جزاء تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة ،  
وليس مجرد أثر يبتنى به المخاطلة أو التمشى مع مجرد اعتبارات الصداقة  
أو الإنسانية . وسيلان بعد ذلك أن يكون الأثر القانونى المستهدف من العقد  
من طبيعة أو نوعية معينة أو من أخرى . ف سواء أن يبتنى بالعقد إنشاء أو نقل  
حق عيى ، أو إنشاء حق شخصى أى التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو إنهائه .

والعقد يقوم أساساً على ارتباط إرادتين أو أكثر . فهو لا يقوم حينما  
توجد إرادة شخص واحد ، حتى إذا اتجهت تلك الإرادة إلى أحداث أثر  
قانونى ، كما إذا أوصى شخص بماله بعد موته لآخر أو وقفه على البر  
والخير . ففى هذه الحالة يقوم تصرف قانونى من جانب واحد . فى حين  
أن العقد هو تصرف قانونى من جانبين ، على الأقل .

والغالب أن يقوم العقد بين طرفين ، البائع والمشتري ، مثلاً ، فى عقد  
البيع ، والمؤجر والمستأجر ، فى عقد الإيجار . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع

---

لقيام العقد ، ما بقيت الإرادة كاملة فى نفس صاحبا ، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجى عن طريق  
التعبير عنها ، وهو ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى . ( الصيغة ) . ثم إنه ينبغى أن يحى القبول  
حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط لسبب أو لآخر . وعبرة ارتباط الإيجاب بالقبول خلق بأن  
تبرز هذين الأمرين كليهما .

وارتباط الإيجاب بالقبول ، كناس للعقد ، قول مستمد من الفقه الإسلامى ، وهو شائع  
على ألسنة رجاله ، وأوردته المجلة ( المادة ١٠٣ ) ومرشد الحيران ( المادة ٢٦٢ ) ، كما أوردته  
أخيراً مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة ، الذى أصدره مجلس البحوث  
الإسلامية بالقاهرة ( المادة ٣ ) . وقد أقام القانون العراقى تعريف العقد على ذلك القول ،  
فنقل عن مرشد الحيران ، فى المادة ٧٣ منه ، النص على أن : « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر  
من أحد الماقتنين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وأخذ القانون الأردنى  
فى المادة ٨٧ منه بالتعريف ذاته مع شئ من الإضافة إليه .



من أن يقوم العقد بين أطراف متعددة ، كما هي الحال في عقد الشركة وعقد القسمة . وفي حدود الطرف الواحد للعقد ، لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعدد الأشخاص الذين يدخلون في تكوينه . ومثال هذه الحالة البيع الصادر من عدة أشخاص للشئ الذي يملكونه في الشيوع ، والشراء الذي يعقد لصالح أشخاص متعددين .

يظهر مما سبق أن ارتباط إرادتين على الأقل أمر لازم لقيام العقد . على أنه وحده لا يكفي . فليس كل توافق إرادتين وارتباطهما ينشأ بالضرورة عقداً . وإنما يلزم بذلك أن يتجه هذا التوافق إلى إحداث أثر قانوني ، أي أثر يضمن عليه القانون الجزاء الذي يكفل احترامه بوساطة السلطة العامة . فإن لم يتم توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني ، مقام ثمة عقد ، بالمعنى المقصود بهذا اللفظ في لغة القانون . ومثال هذه الحالة الأخيرة : أن يتفق شخصان على أن يستضيف أحدهما الآخر في داره ، أو على وجبة طعام ، أو على أن يوصله بسيارته إلى داره . في كل هذه الحالات وما يشابهها ، لانكون بصدد عقد ، بالمعنى القانوني لهذا اللفظ ، مادام توافق الإرادتين لم يتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وإنما قصد التمشي مع واجبات الصداقة أو المحاملات أو الإنسانية فحسب . وسنعود إلى ذلك فيما بعد ، عند الكلام في الإرادة باعتبارها لازمة لقيام العقد <sup>(١)</sup> .

وإذا وجب ، لقيام العقد ، أن تتفق إرادتان وترتبطا على إحداث أثر قانوني ، فلا أهمية بعد ذلك ، كما سبق أن بينا ، لطبيعة هذا الأثر . ف سواء أن يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله .

٢٤ — ومقتضى عدم الاعتداد بطبيعة الأثر القانوني الناتج عن العقد أن يصبح هذا اللفظ ، في معناه ومدلوله ، مرادفاً للفظ (الاتفاق) .  
والحق إن بعض الفقهاء قد جروا على التفرقة بين هذين الاصطلاحين . فهم يرون في الاتفاق convention توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء

---

(١) راجع مسيجي ، نبذة ٤٣ .



الحق ( كالبيع ينشئ حقاً للبائع والمشتري ، وكالإيجار ينشئ حقاً متبادلاً للمؤجر والمستأجر ) ، أو على نقله ( كما هي الحال في الحوالة ) ، أو على تعديله ( كالاتفاق على تقسيط الدين أو على مد أجل الوفاء به ) ، أو على زواله ( كالوفاء بنهى حق الدائن ) . أما العقد *contrat* ، فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذى يستهدف الأمر الأول وحده ، وهو إنشاء الحق ، دون باقى الأمور ، وهى نقل الحق وتعديله وزواله . وهكذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقاً من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس <sup>(١)</sup> .

ولكن أغلبية الفقهاء سرعان ما نادى بنقد التفرقة السابقة بين الاتفاق والعقد . ووصل الأمر بنا : فى وقتنا الحاضر : إلى أن نجد إجماع الفقهاء ، أو ما يقربه <sup>(٢)</sup> ، يقوم على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد . وعلى أنهما لفظان مترادفان للدلول واحد : هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، يرتبه القانون إعمالاً له . أياً ما كانت طبيعة هذا الأثر ، أى سواء أكان إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . وأياً ما كان الأمر ، فإنه ينبغى عدم الترام التفرقة السابقة ، لانعدام فائدتها أصلاً <sup>(٣)</sup> . وهو الأمر الذى

---

(١) وقد قال هذه التفرقة بين الاتفاق والعقد كثير من شراح القانون الفرنسى القديم ، لاسمياً يوتيه Pothier ودوما Domat ، وانتقل منهم إلى مدونة نابليون ، التى جاءت تعرف العقد فى المادة ١١٠١ منها بقولها : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطائه شئ أو بعمله أو بالامتناع عن عمله » . وهكذا يرى المشرع الفرنسى أن العقد هو نوع من الاتفاق مقصور فى أثره على إنشاء الالتزام .

(٢) أنظر من الفقهاء الحديثين من لازالوا يقولون بالتفرقة بين الاتفاق والعقد :

H, L. et J. Mazeaud, *Léçons de Droit Civil*. T, II No. 52.

(٣) وقد رأى بعض من قالوا بهذه التفرقة أن لها أهمية من حيث الأهلية ، زاعين بذلك أن الأهلية تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد إنشاء الحق ، أى العقد ، أم بصدد نقله أو تعديله أو زواله ، أى بصدد الاتفاق الذى لا يعتبر عقداً . وهذا زعم فاسد لا يوجد أدنى مظهر للصق فيه . فالأهلية الواجبة فى إبرام التصرفات لا تتأثر إطلاقاً بما إذا كنا بصدد إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله ، وإنما هى تتأثر باعتبار آخر قوامه طبيعة التصرف فى ذاته من حيث إنه يعطى ، بالنسبة إلى من يقوم به ، على نفع محض أو على ضرر محض أو على التبادل بين النفع =



يسير المشرع عليه بالفعل ، حيث يطلق لفظي « العقد » و « الاتفاق » قاصداً منهما نفس المعنى والمطلوب<sup>(١)</sup> . وكذلك يسير العمل عندنا على هدر التفرقة بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانوني المترتب على كل منهما ، وإن أخذ يسير على شيء من التفرقة بينهما على أساس آخر ، قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح « العقد » . وبين العقود الأخرى كمعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرها من العقود غير المسماة ، والتي يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح « الاتفاق » . بيد أن هذا الاتجاه في العمل لم يبلور بعد . وآية ذلك أن كثيراً من الناس ، حتى القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثاني من العقود التي بينها عبارة « عقد اتفاق » . وهي عبارة معيبة في الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ، يفني أحدهما تماماً عن الآخر .

==والضرر . ولاتأثير إطلاقاً بعد ذلك لما إذا كنا يصدد إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . ويرتب على ذلك أن الأهلية الواجبة تتفاوت في حدود الأثر الواحد للعقد ، بحسب المعيار الذي حددناه . فالأهلية الواجبة لإبرام البيع تختلف عن تلك الواجبة لإبرام الهبة وعن تلك الواجبة لإبرام الإيجار ، في حين أن هذه العقود جميعاً تستهدف أثراً واحداً هو إنشاء الحق . بل أن الأهلية الواجبة تختلف في العقد الواحد بالنسبة إلى طرفيه . فالأهلية اللازمة لدى الواهب ، في عقد الهبة ، أشد بكثير من تلك المطلوبة في الموهوب له .

(١) وقد حرص واضعوا المشروع التمهيد لقانوننا المذع على نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وعلى جعلهما شيئاً واحداً . وكان هذا الحرص هو دافعهم الأساسي لإيراد تعريف للعقد في المادة ١٢٢ من المشروع ، التي جاءت تقول : « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية ، تبريراً لإيراد هذا التعريف للعقد : « ومهما يكن من أمر ، فقد روي من المفيد إيراد تعريف للعقد ، ولو لم يكن من وراء ذلك سوى نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً » . وقد حذف النص السابق ، فلم يأت في قانوننا . والسبب في حذفه هو مجرد التمشي مع فن عمل التشريع الذي يقضي بتجنب التعريفات ما أمكن ( انظر المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ص ١١ في الهامش ) . فهذا الحذف لا يسيئ شيئاً لعدم رضاه المشرع بالانفاية التي استهدفها النص ، وهي هدم التفرقة بين الاتفاق والعقد .



## ٢٥ - فكرة العقد في الفقه الإسلامي :

أصل معنى لفظ (العقد) في لغتنا العربية هو الربط المحكم<sup>(١)</sup> ، ثم اتسع مدلوله ، فشمل ، في اصطلاح الفقهاء ، العهد الذى يأخذ الإنسان نفسه على احترامه ، أو بعبارة أخرى ، الأمر الذى يرتضى المرء الالتزام به ، اعتباراً بأنه قد قبل أن يربط نفسه به : وعقد النية على الإذعان له .

وقد أدى الأصل اللغوى للفظ (العقد) إلى أن فقهاء الشريعة الأقدمين ، في مجموعهم<sup>(٢)</sup> . أطلقوه على كل تصرف من شأنه أن يرتب أثراً شرعياً ، ليس فقط في الحالة التى يقوم فيها هذا التصرف على إرادتين (وهو الحال الوحيد لاصطلاح العقد في القانون المعاصر) ، بل أيضاً في الحالة التى يقوم فيها على إرادة واحدة . وهكذا أضنى الفقه الإسلامى التقليدى وصف (العقد) لبس فقط على البيع أو الإيجار أو الشركة أو القسمة أو غيرها من التصرفات التى تقوم على توافق الإرادتين ، بل أضفوه أيضاً على الوصية والوقف والطلاق والعق والبراء من الدين ، وهى تصرفات تقوم على إرادة واحدة ، أو كما يقول الشرعيون ، تصرفات تتعقد بالإيجاب وحده . دون ما لزوم لأن يلحقه قبول . ولازال بعض من فقهاء الشريعة المعاصرين يسبرون على ما سار عليه أسلافهم ، فيرون عقداً فى كل تصرف قانونى ، حتى لو كان تصرفاً صادراً من جانب واحد<sup>(٣)</sup> .

بيد أن أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين ، وربما يكونون فى ذلك قد

---

(١) والعقدة (بالضم) موضع العقد أو الربط ، وهو ما عقد عليه . ومن ذلك قوله جل شأنه : ( ولا تنزعوا عهدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ) . ومعنى ذلك أن الزواج من المطلقة لا يحل حتى تنهى عهتها .

(٢) فهناك فى الحقيقة عدد قليل من فقهاء الشريعة الأقدمين قصر العقد على التصرف الصادر من جانبين ، دون ذلك الناشئ من إرادة واحدة . ومن هؤلاء اللسوق ، أحد فقهاء المالكية ، حيث يقول : « العقود هى ما تتوقف على إيجاب وقبول » . وبذلك خلص إلى أن الطلاق لا يعتبر عقداً .

(٣) انظر فى ذلك أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم فى مقاله ( العقود والشروط والخيارات المنشورة فى مجلة القانون والاقتصاد .



تأثروا بفقه القانون المعاصر ، يقصرون اصطلاح ( العقد ) على التصرف القائم على إرادتين ، أى على إيجاب وقبول ، دون ذلك الذى لا يتطلب لقيامه إلا إرادة واحدة <sup>(١)</sup> . ولعل من أسبق هؤلاء الفقهاء الأستاذ الكبير أحمد قندرى باشا ، الذى جمع أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفى فى شكل التقنينات الحديثة ، أى فى شكل مواد مركزة متسلسلة ، على غرار ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية أو المحلة <sup>(٢)</sup> . بل نعت ولاخصيص ، وذلك فى مؤلفه الرائع الشهير « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . فقد عرفت المادة ٢٦٢ من « مرشد الحيران » العقد بقولها « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وهو نفس التعريف الذى قال به حرفياً القانون المدنى العراقى ( المادة ٨٣ ) ، ومن بعده قانون التجارة الكويتى الملغى ( المادة ١٠٣ ) .

ومجلة الأحكام العدلية أو « المحلة » - وهى تقنين رسمى لأحكام الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى أوجدته الدولة العثمانية فى عام ١٨٧٦ . وطبق فى الكثير من بلادنا العربية وإن لم يطبق فى مصر - لم تساير هى أيضاً الفقه الإسلامى التقليدى فى خصوص تعريف العقد . فقد قصرت العقد على التصرف القائم على توافق الإرادتين ، وبلغة الفقه الإسلامى . على ارتباط الإيجاب بالقبول . فقد جاءت ، فى المادة ١٠٣ منها . تقول : « العقد التزام المتعاقدين وعقدهما أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول » .

---

(١) انظر على وجه الخصوص : عل الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٨ - محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ - ١٧٣ .

(٢) على أنه يوجد بطبيعة الحال ثمة خلاف أساسى بين ( المحلة ) وبين « مرشد الحيران » . فالمجلة تقنين رسمى أى تشريع نسختم طبق بالفعل فور صدوره فى الجزء الأكبر من الامبراطورية العثمانية ، وإن كان قد كُف اليوم عن التطبيق فى جميع البلاد التى كان يعمل فيها ، وكان آخرها دولة الكويت ، حيث انتهى تطبيق المحلة فيها فى ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، على إثر صدور قانونها المدنى . أما مرشد الحيران ، فهو مجرد تقنين غير رسمى أى أنه لا يرتقى إلى مرتبة التشريع . فهو مجرد اجتهد فقهى . فهو لم يطبق بصفة رسمية فى أى بلد .



يظهر مما سبق أنه يقصد باصطلاح (العقد) ، في الفقه الإسلامي التقليدي كل حالة ينشأ فيها الأثر القانوني عن الإرادة ، سواء أكانت هذه الإرادة واحدة ، أم تعددت بأن توافقت مع إرادة أخرى ، وبعبارة الفقه الإسلامي نفسه ، يقوم العقد سواء أكان ركنته الإيجاب وحده ، أم كان ركنته الإيجاب والقبول معاً . وبهذا يتسع مدلول (العقد) في الشرع الإسلامي التقليدي على الأمل ، عن مدلوله في القانون المعاصر : ليقابل فيه مدلول (التصرف القانوني) .

### ٢٦ - أساس العقد :

رأينا أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون إعمالاً له . ومن هذا التعريف يبين أن أساس العقد ، بمعنى الأمر الرئيسي الجوهرى فيه ، هو الإرادة المشتركة لعاقديه . فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئ العقد وتقيمه ، كما أنها هي التي تحدد آثاره .

على أن دور الإرادة في العقد ، وإن بقى إلى الآن أساسياً ، إلى أنه يسير في اتجاه الاضمحلال والضعف ، وذلك حتى بالنسبة إلى إنشاء العقد ، وليس فقط بالنسبة إلى تحديد آثاره . فقد أخذ القانون ، تمشياً مع التزعة الاشتراكية التي أخذت تتغلغل في حنايا المجتمع الحديث ، يتدخل في نظام العقد من حيث إنشائه ومن حيث آثاره على السواء . ففي بعض الأحيان ، نجد المشرع يلزم شخصاً معيناً بإبرام العقد مع آخر <sup>(١)</sup> ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة . ثم إنه في أحيان أخرى كثيرة ، يتدخل فيحدد آثار العقد لمصلحة أحد طرفيه ضد الطرف الآخر ، كما هو الشأن على الأخص في عقد العمل . بل إن القانون لم يعد يكتفى بأن يتدخل بذات نفسه في مجال العقود ، بالنسبة إلى إنشائها أو إلى ترتيب آثارها ، وإنما نراه

---

(١) وذلك إلى جانب القيد القديم الوارد على دور الإرادة المشتركة في إنشاء العقود ، والمتنفل في فرض المشرع على العقدين شكلاً معيناً يلتزمان ، في بعض الأحيان ، باحترامه ، وإلا بطل عقدهما . وهذا هو شأن العقود الشكلية التي سوف نعرض لها بعد قليل ( راجع مايلقه نبذة / ٣١ ) .



يمنح القاضي ، في خصوصها ، سلطة لم تكن له في الماضي ، إلا في عهد  
البريتير الروماني ، وهي من بعد سلطة تتجاوز المألوف من صلاحيات  
القاضي ، ويبتغي بها القانون تحويله القدرة على تعديل آثار العقد ، بل حتى  
إهدارها إذا اقتضت ذلك العدالة والمصلحة . وليس أبلغ هنا من أن نشير  
إلى سلطة القاضي في صدد عقود الإذعان ( المادة ١٤٩ والمادة ١٥١ / ٢ ) ،  
وإلى سلطته التي تثبت له إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة ( المادة ١٤٧ / ٢ ) .

وإذا كان القانون يتدخل ، بطريق مباشر أو غير مباشر في إنشاء  
العقود وفي تحديد آثارها ، فإنه يعتمد بذلك إلى تقييد سلطان الإرادة في  
شأنها . والدلائل توحى بأن هذا التدخل من القانون ، وبالتالي انكماش  
مبدأ سلطان الإرادة ، سيزدادان يوماً بعد يوم ، حتى إنه يمكننا أن نقول  
بأننا نسير رويداً رويداً نحو نظام العقد الموجه *contrat dirigé* ، ولا نريد  
أن نقول ، كما ذهب البعض من الفقهاء ، نحو العقد الواجب *Contrat forcé* .  
ولأهمية دور الإرادة في العقد ، ومدى القيود التي تتوالى على سلطانها  
في خصوصه : نلجأ إلى شيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

## ٢٧ - سلطان الإرادة في العقود :

الإرادة كما رأينا ، أساس التصرف القانوني ؛ فهي التي تنشئه ، وهي  
التي تحدد أثره . والقاعدة العامة أن الإرادة سيدة موفورة السلطان في هذا  
المجال وفي ذلك .

فالأصل أن الإرادة ، حينما تنشئ التصرف القانوني ، تعمل متحررة  
من القيود التي تستلزم ورودها في شكل أو في آخر . فيكفي في ذلك أن يعبر  
الشخص عن إرادته . يبرزها إلى العالم الخارجي الملموس ، دون ماضورة  
لحجى هذا التعبير في صيغة معينة أو في قالب محبود أو في شكل خاص . فسواء

---

(١) راجع في ذلك :

Josserand, Le contrat forcé et le contrat légal, Dalloz Heb.ch.

5 — Josserand, Aperçu gén. des tendances actuelles de la théorie du  
contrat.



أن يعبر الشخص عن إرادته في إنشاء تصرف ما باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أى موقف آخر يدل على حقيقة مقصوده (المادة ٩٠). ولا يقتصر الأمر في سلطان الإرادة على كفايتها في إنشاء التصرف القانوني ، دون تحتم مجيئها في شكل أو في آخر . بل إن الأصل كذلك أنها حرة في تحديد أثر هذا التصرف بالنسبة إلى صاحبها . فالقاعدة ، مثلاً ، أن الإرادة المشتركة للبائع والمشتري حرة وموفرة السلطان بالنسبة إلى تحديد آثار البيع بينهما .

من هنا وهناك أتى المبدأ الأساسي الذي لأزال يسود التصرفات القانونية الداخلة في رحاب القانون الخاص ، وهو مبدأ سلطان الإرادة *principe de l'autonomie de la volonté* . ومؤدى هذا المبدأ ، كما بينا ، أن الإرادة ، من ناحية ، كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانوني ، دون ما ضرورة تحتم ورود التعبير عنها في صورة معينة أو في شكل خاص ، وأنها ، من ناحية أخرى ، مسيدة في تحديد آثار التصرف الذي تجريه ، وإن كان ذلك في الحدود التي لاتمس الغير بطبيعة الحال .

ولم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى الشرائع المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور جد طويل ، وذلك ، على الأخص ، بالنسبة إلى شطره الأول الخاص بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف ، دون ضرورة مجيئه في شكل أو في آخر .

ففي القانون الروماني القديم ، لم تكن الإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرف القانوني . بل كان يلزم لذلك أن يجيء التعبير عنها في شكل من الأشكال التي كان يحددها القانون على سبيل الحصر <sup>(١)</sup> . من هنا جاءت

---

(١) والأشكال التي كان يحددها القانون الروماني ، بالنسبة للتصرفات المولدة للعقود الشخصية ثلاثة ؛ هي الآتية :

- ١ - عقد الاستانة *nexum* ؛ وهو عقد يتم بالسبيكة والميزان .
- ٢ - العقد الشفوي *verbis* ؛ ويتم بصيغة شفوية تتضمن سؤالاً موجهاً من الدائن المدين عن قبوله للتعهد وجواباً موافقاً من هذا الأخير .
- ٣ - العقد الكتابي *litteris* ؛ ويتم بقيام المدين بقرينة الدين في سجل الدائن .



القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضى بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى *ex nudo pacto actio non nascitur*

بل إن القول بأن الإرادة ، معبراً عنها في الشكل الرسمي ، هي التي تنشئ التصرف في القانون الروماني ؛ هذا القول ، فيه تجوز ليس بقليل . ففي الحقيقة الأمر الذي كان ينشئ التصرف ، في ظل تلك الشريعة ، هو اتباع طرفيه أحد الأشكال الرسمية ، حتى لو كانت إرادتهما في إنشائه معدومة أو معيبة أو مبنية على سبب غير مشروع . فإذا تعهد شخص ، مثلاً ، بدين عليه لآخر في أحد الأشكال المحددة ، نشأ التصرف صحيحاً ، وتولد عنه الحق للدائن ، حتى إذا كان المدين في تعهده هازلاً غير جاد ، أو كانت إرادته مشوبة بغلط أو إكراه أو تدليس ، أو كان السبب الذي دفعه إلى التعاقد معلوماً أو غير مشروع<sup>(١)</sup> . من هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان يسود القانون الروماني ، لاسيما في عهده القديم ، ليس هو سلطان الإرادة ، بل سلطان الشكل .

وكان طبعياً أن يتأذى الرومان من تمسكهم بأهداب الشكل إلى الحد المروع الذي وصلوا إليه . فن شأنه أن يعرقل المعاملات ويقف عقبة في سبيل ازدهار التجارة . وكلما ازداد الرومان حضارة . كلما استشعروا الخرج أكثر وأكثر .

ولذلك عمد الرومان تدريجاً إلى التحرر من ربة الشكل . وإن لم يكن التطور قد انتهى بهم ، في هذا السبيل إلى نهاية المطاف ، إلا أنهم ساروا فيه شوطاً بعيداً ، حتى أنهم وصلوا ، في آخر مراحل القانون الروماني ، إلى تقرير رضائية أهم العقود المتداولة بينهم ، وهي البيع والإيجار والوكالة والشركة ، بمعنى أن مجرد تبادل الرضاء كان يكفي لقيامها . دون حاجة

---

(١) انظر في هذا المعنى : محمود أبو علقية ، التصرف القانوني المجرد ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ . وانظر أيضاً : عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد نبذة ٩٠ .



إلى اتباع شكل خاص (١) .

وواصل مبدأ رضائية العقود سيره . بعد زوال الدولة الرومانية . ووجد في العصور الوسطى أكبر العون من الكنيسة ، التي مافئت تنادى بضرورة احترام العقود والمواثيق . على أن هذا المبدأ وصل إلى ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة ، أي ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر . ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشى المذهب الفردى خلالها . فهذا المذهب يقوم . كما نعلم (٢) : على تسجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه . وهو إن سجل الفرد : فإنه يسجل فيه بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته . فهو يسجل فيه حياته وحرية وحقوقه وتفكيره وإرادته . ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة . فإدام الإنسان حراً في نفسه وفي تفكيره : فإن هذا المنطق يؤدي به إلى أن يكون حراً في إرادته ، بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر . بالنسبة إلى صاحبها ، الأثر القانوني الذي تراه . وقد أبرز هذه الفكرة Domat . وهو من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم ، بقوله : « إذا تمت الاتفاقات ، فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها » . ولم ير واضعو مجموعة نابليون في فرنسا ، لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة ، أفضل من تبنى عبارة Damat السابقة ، فضمنوها المادة ١١٣٤ ، التي جاءت تقول

---

(١) وإلى جانب تقرير رضائية عقود البيع والإيجار والوكالة والشركة ، وصل الرومان ، في سبيل تحريم من سطوة الشكل ، إلى تقرير صحة نوعين آخرين من العقود : هما الآتيان :  
١ - العقود المعينة *in rei* كمقود القرض والوديعة والمارية ؛ وهي عقود تقوم بصحة ، دون حاجة إلى اتباع شكل خاص ، بشرط تسليم الشيء موضوع التصرف ، كبيع القرض واتنى المودع أو الممار .

٢ - المقود غير المساءة أو غير المعينة . وهذه عبارة تفيد ، في لغة الرومان ، بعض عقود محددة وصل الرومان إلى تقرير صحتها ونفاذها ، برغم عدم اتخاذها الشكل القانوني المرسوم لها ، وذلك بشرط قيام أحد عاقدتها بتنفيذ التزامه ، إذ كان يحق لهذا العاقد أن يطالب العاقد الآخر بتنفيذ التزامه بعوره .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، تبة ١٢ .



« الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها » (١) .

هكذا تتوج مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله في مجموعة نابليون ، باعتباره أحد الأسس الكبرى التي تقوم عليها هذه المجموعة . وكان طبعاً أن يجد هذا المبدأ صدى قوياً في قانوننا المدني القديم ، الذي وضع في مستهل الربع الأخير من القرن الماضي ، وهو قانون منقول في مجموعه عن مدونة نابليون .

هكذا وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده في فرنسا وفي مصر . إلا أنه أخذ يتقلص وينتكس : ابتداء من القرن العشرين ، تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تتغلغل بسرعة في حنايا المجتمع الحديث .

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية وملازمة للترعة الفردية : التي تقدس إرادة الفرد وتقرر لها السيادة موفورة كاملة . إلا أنه لا يتفق تماماً مع الترعة الاشتراكية . فأساس الاشتراكية صالح الجماعة لا الفرد . وهي لذلك تعمل ، من ناحية ، على منع تسلط القوى على الضعيف ، عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثاني ، حتى تصل بهذا ، في التصرفات القانونية ، إلى شيء من المساواة الفعلية بين عاقدتها . ومن ناحية أخرى ، تؤدي الترعة الاشتراكية إلى تقييد إرادة الشخص في إنشاء التصرف القانوني وفي تحديد أثره ، إذا تطلب ذلك صالح الجماعة بطريق مباشر . من هنا وهناك توالى القيود على مبدأ سلطان الإرادة مستهدفة ، كما سبق لنا أن أجمعنا ، أمرين ، هما الآتيان :

الأول : حماية الجانب الضعيف في التصرف القانوني . وفي هذا المجال يقيد القانون إرادة الجانب القوي بالشكل الذي يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف . وأبلغ مثال لذلك في قانوننا المصري عقود الإيجار المتعلقة

---

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi (١) à ceux qui les ont faites».



بالأراضي الزراعية ، وتلك المتعلقة بالأماكن . فإلى عهد قريب ، كان للأشخاص كامل الحرية في أن يؤجروا أملاكهم وأراضيهم بالأجرة التي يريدونها وللمدة التي يشاؤون . مادام مستأجروهم يرتضون شروطهم . ثم تدخل مشرعنا في الأمر ، رغبة منه في التيسير على الناس في الحصول على مأوى يأويهم وعلى مورد يمكن لهم أن يستملوا منه رزقهم . فحد من حرية الملاك . وفرض عليهم أجرة لا يستطيعون تجاوزها . ومنح للمستأجرين منهم الحق في امتداد إيجاراتهم إلى الفترة التي يريدونها هم ، طالما ظلوا يوفون بالتزاماتهم . ومن أمثلة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة حماية الجانب الضعيف أيضاً مانراه في عقد العمل ، حيث يقيد القانون إلى حد بالغ من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد وإنهائه . ومن هذه الأمثلة كذلك عقود الإذعان ، وهي تلك التي يضع أحد طرفيها شروطها ولا يقبل مناقشة فيها . ويقتصر دور طرفها الآخر على مجرد التسليم بهذه الشروط ( المادة ١٠٠ ) ، كعقود النقل العام بالطائرات والسفن وعقود التأمين ، ففي هذه العقود : يحد القانون من حرية الطرف القوي . وهو الطرف الذي يعل شروط العقد . لصالح الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن : بأن يمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يشملها العقد أو أن يعفي الطرف المذعن منها . وفقاً لما تقتضيه العدالة ( المادة ١٤٩ ) .

الثاني : حماية صالح الجماعة . وفي هذا المجال ، يعتمد القانون إلى الحد من دور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية للتصرفات ، ابتغاء وجه الصالح العام بطريق مباشر <sup>(١)</sup> ، ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد ما يقضي به قانون الشهر العقاري ( المادة ٩ ) من أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية العقارية لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، نتيجة التصرفات التي تبرم بين الأشخاص :

---

(١) ومن الحق أن نلاحظ هنا أن حماية الجانب الضعيف في المعاملات تستهدف بدورها الصالح العام الذي يقوم بالضرورة على التضامن الاجتماعي بين الناس وتوفير المساواة الفعلية بينهم بقدر الإمكان . إلا أننا نصل بتلك الحماية إلى توفير الصالح العام بطريق غير مباشر . في حين أن الحد من سلطان الإرادة في المجال الذي نحن بصدده دراسة هنا يستهدف توفير صالح الجماعة بطريق مباشر .



إلا بشهر هذه التصرفات بالتسجيل أو بالقيد ، على حسب الأحوال .  
فقد البيع ، مثلا ، لم يعد ينقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري ،  
حتى فيما بينهما ، بمجرد إبرامه . ولو أرادا هما غير ذلك . بل يلزم .  
لحصول هذا الانتقال ، أن يسجل عقد البيع . فهنا نجد القانون من سلطان  
إرادة المتعاقدين ، حتى يوفر للغير الثقة والاثبات في شأن العقارات .

هكذا أخذت القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . . وهي تتزايد  
يوما بعد يوم . وإن كانت هذه القيود لم تصل بعد إلى حد إهدار ذلك  
المبدأ ، قانعة بأن تقيد بعض الشيء من إطلاقه وبأن ترد استثناء عليه ،  
إلا أنها توحى بأننا سير في اتجاه مبدأ آخر ، هو مبدأ التصرف الموجه  
à l'acte dirigé : أى التصرف الذى يحدد القانون أهم شروطه ، ولا يكون  
للأشخاص إلا أن يرتضوه بها أو لا يرتضوه ، دون أن تكون لإرادتهم  
أن تعدل منها .

## ٢٨ — القيود التى تحدد من سلطان الإرادة :

تبينا فيما سبق أن القيود أخذت تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . وإذا  
تعذر علينا حصر هذه القيود ، إلا أنه يمكننا ردها إلى نوعين أساسيين :  
هما الآتيان :

الأول : قيود ترد على المبدأ في شطره الأول ، أى ترد عليه من حيث  
أنه يقرر كفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف القانوني ، دون ضرورة  
تحتم مجيئها في شكل أو في آخر . ومن شأن هذه القيود أن تجعل بعض  
التصرفات شكلية ، بمعنى أنه يلزم لقيامها أن تبرم في الشكل المحدد الذى  
الذى يرسمه القانون . فالقاعدة العامة أن التصرفات رضائية . بمعنى أن  
توافر الرضاء بها يكفي لقيامها ، أيا ما كانت طريقة التعبير عن الإرادة .  
والأغلبية الكبرى من التصرفات من هذا النوع ، كالبيع والإيجار والوكالة  
والقرض والوديعة والعارية . واستثناء من قاعدة رضائية التصرفات ،  
توجد هناك قلة من التصرفات تتميز بأنه مجرد الرضاء بها لا يكفي لقيامها ،



وإنما يلزم لذلك أن يجئ هذا الرضاء في شكل محدد يرسمه القانون . ولذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية ، تمييزاً لها عن التصرفات الرضائية .

وسمة التصرفات الشكلية أن الشكل ركن لازم لانعقادها ، بمعنى أنها إذا لم تترم في الشكل الذي يحده القانون ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً ، ومانع عنها أى أثر . ولكن ليس معنى هذا أن الشكل يغنى فيها عن الإرادة ، كما كان الحال قديماً عند الرومان <sup>(١)</sup> . بل يلزم لقيامها توافر الأمرين معاً ، الرضاء والشكلية ، فلا يغنى أحدهما عن الآخر <sup>(٢)</sup> .

والأشكال التى يرسمها القانون للتصرفات الشكلية ليست كلها من نوع واحد . وهى تتراوح فى مجموعها بين الكتابة العادية وبين إبرام التصرف بوضاعة موظف زسمى تختص يناط به توثيق التصرفات ، وهذا ما يطلق عليه « الرسمية » .

فهناك بعض تصرفات يستلزم القانون لقيامها تدوينها فى محرر مكتوب ومن هذه التصرفات عقد الشركة ، حيث تقضى المادة ٥٠٧ مدنى بأنه : « ١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً . . . » . ومن هذه التصرفات أيضاً عقد إنشاء ملكية الأمرة ( المادة ٨٥١ ) ، وعقد تقرير المرتب مدى الحياة ( المادة ٧٤٣ ) ، والتصرف الذى بمقتضاه ينقل المؤلف لغيره حق استغلال مؤلفه ( المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف ) .

وهناك تصرفات أخرى لا يكتفى القانون فيها بمجرد الكتابة العادية ، بل يستلزم تدوينها فى ورقة رسمية . ويقصد بالورقة الرسمية تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من فوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه

(١) انظر ماسبق ، نيفة ١٦ .

(٢) وسوف نعود مرة ثانية إلى هذا الأمر عند تناول العقود الشكلية . انظر ماسبق ،



( المادة ١٠ / ١ من قانون الإثبات ) . وأهم التصرفات التي تستلزم فيها الرسمية هي الهبة <sup>(١)</sup> وعقد الرهن الرسمي .

ويلاحظ أن الرسمية تتضمن بالضرورة تدوين التصرف في محرر مكتوب . ومن ثم فأى تصرف يستلزم فيه القانون الكتابة العاذية ، يمكن إبرامه في الشكل الرسمي .

الثاني : النوع الثاني من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة يلحق هذا المبدأ في شطره الثاني الخاص بسيادة الإرادة في ترتيب الآثار التي تتولد عن التصرف . وتتميز هذه القيود بأنها تنجس إلى موضوع التصرف لا إلى شكله . فإذا كانت القاعدة العامة التي تسود القانون الخاص هي أن الإرادة موفورة السلطان في ترتيب الآثار التي تشاؤها ، إلا أن القانون يحيد من سلطانها هذا في كثير من الأحيان ، ابتغاء وجه الصالح العام . وترتد هذه القيود أساساً إلى فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد ، ابتغاء توفير شيء من العدالة في العقود ورفع العنت والحرج .

#### ٢٩ - نطاق العقد :

تبيننا فيما سبق أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً له . ولكن هل كل توافق من هذا النوع يعتبر عقداً . أم أنه لا يكون كذلك إلا في دائرة خاصة ونطاق محدد ؟

يسير اتجاه في الفقه نحو التضييق من نطاق العقد أو دائرته . وقد تعددت الحدود التي قيل بها في هذا الصدد .

وأول تلك الحدود قصر نطاق العقد على العلاقات التي تدخل في رحاب القانون الخاص ، دون تلك الداخلة في رحاب القانون العام . ويؤدي هذا النظر إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات أو المعاهدات التي تعقدها الدول

(١) عل أن الرسمية لاقتلزم في الهبة إلا إذا جاءت سافرة ، بمعنى أنها لم تأت مستورة في صورة عقد من عقود الماوضات كالبيع ، ولم تكن واردة على منقول وتمت بإقباضه ( المادة ٤٨٨ ) .



بينها وبين بعض ، تنظيماً لشئونها . وهو يؤدي كذلك إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات التي تبرمها الدولة وفروعها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، مع الأفراد ، كاتفاقات تولى الوظائف العامة والتراميات المرافق العامة التي تمنح الدولة وفروعها بمقتضاها إدارة مرفق عام لفرد أو شركة .

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق ، حتى في مجال القانون الخاص نفسه ، فجعلوه مقصوراً على المعاملات المالية ، دون الأحوال الشخصية . ووفقاً لهذا النظر ، لا يعتبر الزواج ، مثلاً ، عقداً ، وإنما هو نظام أو وضع قانوني . وأساس هذا النظر أن الاتفاقات التي تتناول الأحوال الشخصية ، كالزواج ، لا تولد حقوقاً مالية ، الأمر الذي يبعدها عن مجال العقد .

بل إن الأمر لم يقف عند ماسبق . فأخذ بعض الفقهاء يعملون إلى التضييق من دائرة العقد حتى في مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت في ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذي يعتبر عقداً هو ذاك الذي تسوده المساواة بين طرفيه ، بالنسبة إلى إبرامه ، بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن على شروط العقد . ولا يكون للآخر إلا أن يقبلها أو لا يقبلها دون مناقشتها ، فإننا لانكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضاً بأن الاتفاق لا يعتبر عقداً ، إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة ، كما هي الحال في البيع والإيجار ، حيث تتعارض مصالح كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة ، كما هي الحال في الشركة ، فلا يعتبر عقداً .

هذه هي أهم القيود التي أريد بها تضييق دائرة العقد أو نطاقه . ويلاحظ أن من بينها ما لا أساس له أصلاً . ونعني بذلك القيود التي من شأنها أن تخرج



من دائرة العقد الاتفاقات التي تتعلق بأمر يدخل في الأحوال الخفية أو المعاملات . فلا أساس لرفع صفة العقد عن عقود الإذعان ، بل هي تعتبر عقوداً بالمعنى الكامل لهذا اللفظ . ولا يحول دون هذا الاعتبار تسلط إرادة أحد الطرفين على إرادة الطرف الآخر ، وإن أدى هذا التسلط بالمشرع إلى أن يقرر لعقود الإذعان أحكاماً تختلف بعض الشيء عن تلك التي تخضع لها العقود بوجه عام ، وتهدف التخفيف على الطرف المذعن والرحمة به على نحو ما سوف نبينه في حينه <sup>(١)</sup> . فلا يلزم إطلاقاً ، لإضفاء وصف العقد على التصرف ، أن يكون طرفاه على قدم المساواة من حيث قوة وضع شروطه والمساومة بشأنها . إذ أن كل ما يجب لذلك هو أن يرتضى الطرفان شروط العقد ، حتى لو كان أحدهما في رضائه به يرضخ ويذعن لإرادة الآخر .

وكما أنه لا أساس للقيد الذي يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد ، فلا أساس أيضاً لذلك الذي من شأنه أن يخرج عنه الاتفاقات التي تقوم على المصالح المتواعدة المتوافقة . فالعقد يقوم إذا توافقت إرادتان أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، وسيان بعد ذلك أن تتفق مصالح ذوي الشأن أو تتعارض .

أما القيود التي من شأنها أن تقصر نطاق العقد على المعاملات المالية في القانون الخاص ، دون الأحوال الشخصية والعلاقات التي ينظمها القانون العام ، فهي على شيء من الصحة ليس بقليل . فالخلاف جوهرى بين أثر الإرادة ، التي هي قوام العقد وأساسه ، في الاتفاقات التي تنظم العلاقات المالية من ناحية ، وفي تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام من ناحية أخرى . فبالنسبة إلى الاتفاقات الأولى ، نجد أثر الإرادة لازال قوياً ، بالنسبة إلى إنشائها وتحديد آثارها على السواء . أما بالنسبة إلى الاتفاقات الثانية ، فنجد دور الإرادة جد محدود ، فهو يكاد يقتصر على ذات قيامها ، دون تحديد آثارها ، التي يقولها القانون بنفسه . ولكن هذا الخلاف الجوهرى في أثر الإرادة لا يصل إلى رفع صفة العقد بالكلية عن

(١) راجع ماسييه ، مجلة ٩٩ وما بعدها .



اتفاقات الأحوال الشخصية والقانون العام . فإن كان القانون هو الذى يتولى بنفسه تحديد آثارها ، فالإرادة هى التى تنشئها . كل ما فى الأمر أن هذه الاتفاقات تعتبر عقوداً من طبيعة خاصة متميزة عن عقود المعاملات المالية فى الكثير من أحكامها ، وإن اشتركت معها فى الكثير من أحكامها أيضاً ، الأمر الذى يمكننا معه أن نقول إنها تتمثل مزجاً من فكرة العقد وفكرة النظام القانونى . . . . . بخلاصة كل ما سبق أن نطاق العقد يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية ، وهى التى يطلق عليها فى العادة الأحوال العينية Statut réel ، بل إنه يشمل أيضاً . وإن كان ذلك فى حدود مرسومة ضيقة النطاق . الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وتلك التى تقوم فى خصوص علاقات القانون العام . وعلى أية حال ، فنحن ، إذ نتكلم هنا عن العقد باعتباره مصدراً للالتزامات ، فإننا نتناوله بصفة أساسية فى مجال المعاملات المالية .

#### ٢٩ مكرر - أهمية نظام العقد :

العقد نظام فذ وعلاق من أنظمة القانون . بل هو ، بعد القانون نفسه ، أهم الأنظمة التى تستظل بظله . فالعقد يلعب الدور الأساس الأعظم فى دنيا المال بين الناس . وهو أكثر أنظمة القانون شيوعاً فى حياتهم . إذ أن الفرد منا - حتى فى حياته العادية ، يبرم مع غيره العقد ، فى اليوم الواحد . مرات ومرات .

وإذا نظرنا إلى العقد فى مجاله الطبيعى ، وهو المال ، وجدناه يتمثل المصدر الأساسى الغالب لنشأة الحقوق والالتزامات ، بغض النظر عن طبيعة الحق . عينا كان أم شخصياً . ويكفيها ، للتدليل على ذلك ، أن نذكر نوعاً واحداً من العتود ، ألا وهو عقد البيع ، الذى هو بلاشك أكثر الوسائل شيوعاً فى دنيا المعاملات .

ونظام العقد ، على جليل خطره فى مجال المال ، لا يقف عند حدوده . فهو يتجاوز حدود المال إلى غيره من الكثير من مظاهر الحياة . فهو ، مثلاً ، السبيل إلى إنشاء هذا الرباط المقدس بين الرجل والمرأة فى الزواج ، وإن



كانت صفة العقديّة في الزواج تتخفف إلى حد كبير بمخالطتها لفكرة النظامية . فيه . بل إن دور العقد لا يقف عند معاملات الناس ، مالية كانت أم إنسانية ، وإنما يتجاوزها إلى علاقات الدول نفسها فيما بينها وبين بعض . فكثيراً ما تلجأ الدول إلى تنظيم شئونها فيما بينها عن طريق اتفاقات أو عقود تبرمها ، ثنائية كانت أم جماعية ، وهي التي يغلب أن تسمى بالاتفاقات أو المعاهدات .

وإذ نقصر الكلام هنا على أهمية نظام العقد في مجال الالتزامات ، نجد أنه يتمثل المصدر الغالب لنشأتها . فهو ينشئ وحده ، في واقع حياة الناس ، الأغلبية الكبرى من الالتزامات ، بحيث إن مصادر الالتزام الأخرى ، كلها مجتمعة ، لا تناسب معه بمفرده في الأهمية .

وإذا كان للعقد أهميته القصوى من حيث إنه يتمثل المصدر الغالب لنشأة الالتزامات . فهو لا ينفق بهذا الدور ، على عظيم شأنه . فهو إلى جانب إنشاء الالتزام ، نجده كثيراً ما يتخذ وسيلة لتعديل التزام قائم . كما أنه قد يتخذ أداة لنقل الالتزامات ، سواء أكان هذا النقل إيجابياً أي بين الدائن الأصلي إلى دائن آخر ( حوالة الحق ) ، أم سلبياً أي من المدين الأصلي إلى مدين آخر يتحمل بالالتزام مكانه ( حوالة الدين ) . ثم إنه قد يتخذ سيلاً إلى إنهاء التزام موجود ، كما هي الحال في الوفاء .

وإذا كنا نتناول هنا نظام العقد ، ونحن بصدد دراسة مصادر الالتزام ، متبعين فيه النهج الذي سار القانون المدني نفسه عليه ، فهاذا إلا لأن دور العقد في إنشاء الالتزام ، بل والحقوق المالية بوجه عام ، هو أبرز أدواره وأهمها . فليس معنى تناولنا نظام العقد ، ونحن في مجال دراسة مصادر الالتزام ، بل وليس معنى إيراد القانون نفسه أحكام العقد في الباب المخصص لمصادر الالتزام ، ليس معنى ذلك كله أن الأحكام التي أوردتها القانون في شأن العقد بوجه عام ، والتي نتناولها نحن هنا بالدراسة ، لا تنطبق إلا في خصوص إنشاء الالتزام ، بل أنها تلزمه في شتى مجالات إعماله دون تفریق .

وغنى عن البيان أن من العقود نوعيات عديدة تستعصى على الحصر



والبيان . فمن البيع والإيجار والشركة والوكالة والكفالة والرهن والوديعة والعارية والتأمين ، وغير ذلك جد كثير لا يتناهي . ونحن هنا لا نتناول دراسة عقد بعينه . وإنما نتناول الأحكام العامة الأساسية المشتركة للعقود بوجه عام ، أى أننا نعالج العقد في إطار نظرية عامة . وهو ذات النهج الذى التزمه المشرع في بيان أحكام العقد بوجه عام في الباب الذى أفرده لمصادر الالتزام .

فالمشرع يتناول العقود في مجالين مختلفين : فهو يبدأ ، في الباب المخصص لمصادر الالتزام ، ببيان أحكام العقد بوجه عام <sup>(١)</sup> ، أى أنه يتناولها في إطار نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية العامة للعقود دون تخصيص . ثم يعود بعد ذلك لبيان الأحكام الخاصة ببعض العقود التى يتلمس أهميتها من حيث مدى ما يثار بشأنها بين الناس من منازعات . كالبيع والإيجار والهبة ونحوها ، وهى التى يطلق عليها العقود المسماة <sup>(٢)</sup> .

ويقام المشرع بوضع أحكام للعقد بوجه عام . أو أحكام نظرية العقد ، من الأهمية . بحيث لا تخفى على أحد . ففضلاً عن تمشيه مع مقتضيات العصر من التاصيل والتركيز ، فهو يغنى من ثبوت التكرار عند عرض أحكام العقود المسماة ، بالنسبة إلى ما هو مشترك بينها . ثم إن من شأن ذلك أن يتيح للقاضى أن يجد الحكم القانونى في صدد العقود التى لا يتناولها المشرع بالتنظيم الخاص ، وهى ما يطلق عليها العقود غير المسماة أو غير المعينة .

والأحكام التى يتضمنها القانون في مجال نظرية العقد ، اعتباراً بأنها ترمى الأسس العامة المشتركة ، تسرى على العقود المالية كلها ، مدنية كانت أم تجارية ، أم حتى غيرها ، وسواء أكانت هذه العقود مسماة أو غير مسماة ، وذلك ما لم يقض القانون في شأن عقد معلوم ، بحكم معين يخصه به ،

---

(١) وهذا ما يفعله القانون المدنى المصرى في الفصل الأول المنون « العقد » من الباب الأول المنون « مصادر الالتزام » من الكتاب الأول المنون « الالتزامات بوجه عام » من القسم الأول المنون « الالتزامات أو حقوق الشخصية » .

(٢) ويفصل المشرع ذلك في الكتاب الثانى المنون « العقود المسماة » من القسم الأول .



أو اقتضته طبيعة هذا العقد . وهذا أمر بين واضح <sup>(١)</sup> لم ير المشرع ثمة ضرورة لأن يصرح به في نص خاص <sup>(٢)</sup> .

### ٣٠ - تقسيمات العقود :

العقود ليست كلها من صنف واحد . فهي تتنوع وتختلف . بل هي في تنوعها واختلافها لا ينتظمها تقسيم واحد ، وإنما ترد عليها تقسيمات كثيرة . فكلما نظرنا إلى العقود من زوايا معينة ووفقاً لأساس محدد ، رأيناها تتغير وتشكل فصائل وطوائف .

وليبيان تقسيمات العقود أهمية كبرى . فالعقود في عددها لا تنتهي ولا يشملها الحصر . وهي على كثرتها لا تقف عند حد معين ، بل يظهر منها في كل يوم جديد . وما ذلك إلا لأن للإرادة أن تنشئ من العقود ما تريد ، تطبيقاً لبدأ سلطان الإرادة . وإذا استحصت العقود على الحصر ، فلا أقل من أن نجمع كل ما يشابه منها في فصيلة خاصة ، حتى نبين القواعد الأساسية التي تحكم كل فصيلة .

ولكثرة تقسيمات العقود ، لا نتناولها كلها ، بل نجتزئ بالهمم منها : وسنتناول ، فيما يلي أهم تلك التقسيمات .

### ٣٠ مكرر - العقود المسماة وغير المسماة :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى عقود مسماة أو معينة contracts només ، وعقود غير مسماة

---

(١) وقد قن المشرع الفرنسي هذا الأمر في المادة ١١٠٧ من مئونة نابليون ، وسأيرته في ذلك بعض التفتينات الأخرى ، كالتقانون الإيطالي ( المادة ١١٠٥ ) والقانون البلجيكي ( المادة ١٧٥ ) ، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي ( المادة ٩ ) والقانون الملقي أتراني ( المادة ٧٦ ) وأخيراً القانون الملقي الأرمني ( المادة ٨٩ ) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيد ، في المادة ١٢٣ منه ، نصاً يصرح ببيان أحكام نظرية العقد على كافة العقود المدنية ، ما لم يرد في شأن عقد معين حكم خاص به ، وببيان أحكام القانون التجاري على العقود التجارية . ولم يرد هذا النص في القانون ، إذ أنه حذف لعدم الحاجة إليه . وذاك أمر محمود . إذ أن الحكم يبلغ في وضوحه إلى حد أن تقتنيه يتسل نافذة .



أو غير معينة (١) *contrats innomés*

فلا حد للصور التي يمكن للعقود أن تتخذها ، إذ هي تختلف باختلاف الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين . وما هذا إلا نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة . فإدام النظام العام للدولة لا يعتدى عليه ، فإن للأفراد الحرية كاملة في أن ينظموا شئونهم بالشكل الذي يريدون . ومن هنا كانت العقود ، بحسب موضوعها ، لا تتناهى ولا تنقح تحت حصر (٢) . وبالتالي استحال على

(١) ويجب عدم الخلط بين المعنى الذي تفيد عبارة « العقود غير المبنية أو غير المسماة » في لغة القانون المعاصر ، وبين المعنى الذي كانت تفيد هذه العبارة في لغة القانون الروماني . فقد كان لهذه العبارة عند الرومان معنى جدد مختلف عن المعنى الذي تفهمه منها الآن ، والذي يبناه في المبنى . فعبارة « العقود غير المسماة أو غير المبنية *contrats innomés* » كانت تفيد في لغة الرومان طائفة من العقود غير الشكلية ، وصلوا إلى إيجازتها وتقرير إلزامها ، وهم في سبيل التحرر من الأشكال التي كان يلزم اتباعها لكي يقوم العقد صحيحاً ملزماً . فالأصل عند الرومان أن العقد لا يقوم ولا يلزم إلا إذا مر في أحد الأشكال المرسومة ، وهي الثلاثة الآتية : عقد *nexum* لاستئانة *stipulatio* والاشتراط الشفوي والعقد الكتابي *litteris* وفي سبيل التدرج من سطوة الشكل ، وصل الرومان إلى إقرار أنواع من العقود تقع صحيحة ومزمة دون ضرورة أن تبرز في أحد الأشكال السابقة . وأول ما ظهر من هذه العقود غير الشكلية هو العقود المبنية *in re* ، وهي عقود يلزم التبليغ لانقضاءها ، كمقدع المعاينة والقرض والوديعة . ثم ظهرت العقود الرضائية *solu consensu* ؛ وهي عقود تتم بمجرد توافق الإرادتين وكانت محصورة في أربعة : البيع والإيجار والوكالة والشركة . وأخيراً ظهرت العقود غير المسماة ، ويعني بها طائفة من العقود كانت تقع صحيحة رغم عدم اتخاذها الشكل الرسمي ورغم عدم دخولها في طائفة العقود المبنية أو طائفة العقود الرضائية ، وذلك بشرط قيام أحد المعاقدين بتنفيذ التزامه . فالمقدع غير المسمى كان يفيد في لغة الرومان عقداً من شأنه أن يرتب التزامات في ذمة كل من طرفيه ، ولكنه لم يمر بالشكل الرسمي ، ولا يدخل في زمرة العقود المبنية ولا الرضائية ، وهو لهذا لا يقوم ولا يلزم بذاته ، ولكنه يصير كذلك إذا ما قام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه ؛ إذ يحق لهذا الطرف المنفذ أن يجبر الطرف الآخر بأن يوفى بدوره تمهيداً عن طريق دعوى يمنحها إياه القانون .

(٢) انظر مع ذلك *Planioi* في *rev. crit.* ، ج ٣٠ ، ص ١٩٠٤ . ويرى الأستاذ الكبير إمكان حصر العقود ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة . وذلك على أساس أن موضوعها لا يخرج عن أمور ثلاثة ، فهو إما شيء أو حق أو عمل . ولم تلق فكرة *Planioi* نجاحاً يذكر . فأساس الفكرة ، وإن كان في مجوعه صائباً ، إلا أنه لا يمكن أن يؤدي إلى النتيجة التي أراد صاحبها الوصول إليها . فالعقود التي ترد على العمل ، مثلا ، يمكن أن تتخذ صوراً لاحدها ، مادامت لاتتاق النظام العام في الدولة .



المشرع أن يستعرض جميع الصور التي يمكن أن تتخذها العقود ، ليضع لها من الأحكام الخاصة ما يكفل تنظيمها . ولم يكن هناك مفر من الاقتصار في ذلك على بعضها دون البعض الآخر . والمشرع يقتصر على بيان الأحكام الخاصة للعقود التي يلمس أهميتها للناس ، بحسب حاجاتهم ، وبحسب ما يثور حولها من منازعات في مألوف حياتهم .

والمشرع ، حينما يبين الأحكام الخاصة لعقد ما ، يخلع عليه بالضرورة اسماً خاصاً به . ولذلك تسمى العقود التي من هذا النوع بالعقود المسماة ، كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة وعقد الهبة ... الخ .

أما العقود التي لا يتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة ، فيطلق عليها العقود غير المسماة ، لأن المشرع لا يخلع عليها اسماً خاصاً تعرف به . وهي تظل محتفظة بوصفها هذا ، حتى إذا درج العمل على إضفاء اسم خاص عليها . لأن الاعتبار في خلع هذا الوصف يرجع إلى عدم قيام القانون نفسه ببيان الأحكام الخاصة بالعقد . كما سبق أن بينا . ومثال العقود غير المسماة الاتفاق على إيواء التزلج في الفندق ، والاتفاق الذي يعقده صاحب المسرح أو السينما مع روادهما على تمكينهم من مشاهدة الرواية .

ولأيفهم مما سبق أن العقود غير المسماة لا تخضع لتنظيم القانون . إذ أن المشرع ، قبل أن يبين أحكام العقود المسماة ، يبدأ ببيان الأحكام الأساسية للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل العقود أياً ما كانت صورها ، كما سبق لنا أن بينا . وهذه الأحكام الأساسية تسرى على العقود جميعها ، مالم يرد بشأن بعضها حكم خاص ، أو كانت طبيعتها تتجاوز معها . وفضلاً عن ذلك فالعقد غير المسمى إنما يخضع للأحكام العامة للقانون ، وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته بما قد يشابهه من العقود المسماة .

والحقيقة أن المشرع تكفل ببيان أحكام أغلب العقود التي يقتصر الأفراد عليها في معاملاتهم ، والتي تثار حولها المنازعات بينهم ، حتى أنه يندر عملاً أن نجد عقداً لا ينطوي تحت صورة من صور هذه العقود ، أو على الأقل ،



لا تعتبر مزجاً من عقود متعددة منها . وعلى أية حال ، إذا عرض عقد من نوع خاص ، فلاخوف من أن تكتنفه القوضى ، إذ أن في الأحكام العامة للقانون ، ولما يضعه طرفاه من شروط ، في حدود النظام العام للدولة ، ما يكفل تنظيمه .

وإذا اطراد ظهور عقد من نوع خاص وبرزت أهميته وتكاثرت المنازعات في شأنه ، تولى المشرع تنظيم أحكامه ، وأدخله بذلك بين طائفة العقود المسماة . وعقد التأمين أبرز مثال لذلك . فلإى عهد ليس ببعيد ، لم يكن هذا العقد معروفاً ، بل كان يستحيل على الأفراد الالتجاء إليه ، لاعتبار أحكامه حينئذ مخالفة للنظام العام . وسرعان ما اقتنع المشرع في مصر وفرنسا وفي غيرهما من أكثرية الدول بفائدته ، فقرر شرعيته ، ولجأ إلى وضع أحكام تنظمه فانتقل بذلك إلى طائفة العقود المسماة .

يظهر مما سبق أن العقود تنقسم - حسب بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى : عقود مسماة أو معينة وعقود غير مسماة أو غير معينة . وقد أقر القانون المدنى المصرى هذا التقسيم ضمناً . فقد جاء الكتاب الثانى من القسم الأول منه بحمل عنوان : « العقود المسماة » ، الأمر الذى يعنى بالضرورة أنه يقر وجود نوع آخر من العقود ، هى العقود غير المسماة .

والعقود المسماة ، وبعبارة أخرى العقود التى يحيطها المشرع بالتنظيم الخاص ، متعددة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف موضوعها والغرض منها . فمن هذه العقود مايرى إلى نقل ملكية شئ أو حق عيى آخر عليه ، كالبيع والمقايضة والهبة . ومنها مايرد على منفعة الشئ أو الحق ، كالإيجار والعارية ، ومنها ما يرد على الإنسان كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة . ومنها مايقصد به تأمين استيفاء الدائن حقه ، كعقد الكفالة وعقد الرهن .



### ٣١ - العقود الرضائية والشكلية والعينية :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى ما إذا كانت الإرادة ، بذاتها ومجردة عن أى ظرف يكتنفها ، تكنى لإنشائها ، أو أنها غير كافية لذلك ، إلى : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية .

فالإرادة أساس العقود جميعاً . فلا قيام لعقد أياً ما كان نوعه ، إلا إذا توافقت إرادتنا طرفيه وارتبطتا على إنشائه ، وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه . ولكن طريقة التعبير عن الإرادة التى يتطلبها القانون لإنشاء العقود تختلف باختلافها . فن العقود ما يطلق القانون أثر الإرادة فى إنشائها . فيكتفى بمجرد التعبير عنها ، دون أن يقيد هذا التعبير بوجوب وروده فى شكل أو فى آخر ، ولا باقترانه بأمر أو بآخر . فالذى يهم ، بصدد هذا النوع من العقود ، هو مجرد توافر الرضاء بها . ومن هنا جاءت تسميتها بالعقود الرضائية *contrats consensuels* . ومن العقود ما يستلزم القانون ، لإنشائها ، مجئ الرضاء بها فى شكل خاص يحدده . وهذه هى العقود الشكلية *contrats formels* . ومن العقود ، فى النهاية ، ما يستلزم القانون لقيامها أن يقرن الرضاء بها بتسليم الشيء ، أو العين التى يرد عليها . وهذه هى العقود العينية *contrats réels*

فالعقود الرضائية هى التى تنعقد بمجرد التراضى بين طرفيها على إنشائها وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها ، دون ما لزوم أن يجئ هذا التراضى فى شكل معلوم ، أو أن يقرن بإجراء معين . فسواء أن يحصل باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بانخاذ أى موقف آخر يدل عليه . ومثالها البيع والإيجار والصلح والقسمة .

والرضائية فى العقود هى الأصل ، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإن كانت الاستثناءات أخذت تتكاثر على مر الزمن . وعلى ذلك فالعقد يعتبر رضائياً ما لم يقر القانون نفسه غير ذلك .

أما العقود الشكلية ، فهى التى يلزم ، لذات انعقادها ، ورود الرضاء بها فى شكل خاص محدد . ومثالها الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .



والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحداً . فهو يتلرج ماين الورقة الرسمية والكتابة العرفية . فى بعض العقود ، يستلزم القانون الرسمية لانعقادها . كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر ، يكتفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفياً ، كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية ( المادة ٥٠٧ ) . وعقد إنشاء ملكية الأسرة ( المادة ٨٥١ ) .

ونلفت النظر إلى أن الشكل الذى يتطلبه القانون لايجعل من التصرف شكلياً ، إلا إذا كان ضرورياً لذات قيامه ، بحيث إنه يتعدم إذا تخلف . أما إذا لم يصل دور الشكل إلى هذا الحد ، مايجعل التصرف شكلياً ، بل يستمر رضائياً . ومن الأشكال التى تدخل فى هذا النوع الأخير مايتعلق بإثبات التصرف وشهره . ففؤدى المادة ٦٠ / ١ من قانون الإثبات ، مثلاً ، أنه يلزم الكتابة أو مافى حكمها لإثبات التصرفات غير التجارية التى تزيد قيمتها على ٢٠ جنياً . ولكن هذا لايجعل من هذه التصرفات شكلية . فالشكل هنا مطلوب للإثبات فحسب . فإن تخلف ، فإن هذا لاينع من أن التصرف موجود وصحيح فى حقيقة الواقع ، وإن صعبت إقامة الدليل عليه قضاء<sup>(١)</sup> ، وإن لم تصل إلى حد الاستحالة ، حيث تجوز بالإقرار واليمين ، بل وبالبينة نفسها فى بعض الأحوال . وكذلك الأمر بالنسبة إلى شهر التصرفات بالتسجيل أو القيد على حسب الأحوال . فالقانون ، وإن استلزم شهر التصرفات العقارية ، إلا أنه لايجعل من هذا الشهر شرطاً لانعقادها ، بل

---

(١) ومن العقود التى يلزم إثباتها بالكتابة عقد التحكيم ( المادة ٥٠١ / ٢ مرافعات ) ، وهو العقد الذى يتفق فيه طرفاه على عرض المنازعات التى نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد ليفصلوا فيها بدلاً من المحكمة المختصة . والكتابة مطلوبة فى هذا العقد للإثبات فحسب . فهى إذن لاغير من طبيعته الرضائية . فهو يتخذ بمجرد توافق الإيجاب والقبول . ( انظر تمييز الكويت ١٧/٦/١٩٧٥ ، القضاء والقانون س ٥ ج ٢ ص ٩٤ رقم ١٨ ) . وإذا لم يكن عقد التحكيم وارداً فى محرر ، وتتميز بذلك إثباته بالكتابة ، فإنه لايمكن أيضاً اثباته بما هو دون الكتابة من أدلة الإثبات ، أى بالبينة والقرائن ، ولكن يمكن إثباته بما هو أقوى من الكتابة من أدلة الإثبات ، ونتمى بذلك الإقرار واليمين الحاسمة . راجع فى إثبات التحكيم : قصى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى نبة ٤١٠ .



مجرد إجراء يأتي في وقت لاحق لهذا الانعقاد ، ويلزم حصوله لإحداث أثر من آثارها ، وهو انتقال الملكية أو غيرها من الحقوق العينية . فبيع العقار غير المسجل ، مثلا ، عقد صحيح وينتج كل آثاره ، مع استثناء أثر واحد ، وهو انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري ، حيث يبرأ حتى حصوله إلى مابعد التسجيل .

ونلفت النظر أيضاً إلى أن الشكل في العقود الشكلية لا يفتي عن الإرادة . فهو لا يعدو أن يكون الثوب الذي يجب أن يحيى الرضاء بالمقد فيه . فإذا أحيط إبرام الرهن الرسمي أو الهبة ، مثلا ، بالرسمية ، بمعنى أن أبرم التصرف أمام الموثق ، ثم اتضح انعدام إرادة أحد المتعاقدين ، كما إذا كان مجنوناً ، فإن التصرف لا يقوم أصلاً . ففي العقود الشكلية يلزم لقيامها ورود الرضاء بها . وفي الشكل المحدث ، ولا يفتي أحد الأمرين عن الآخر<sup>(١)</sup> .

والقانون هو الذي يحدد العقود الشكلية ، والشكل المطلوب في كل عقد . ولا يسوغ القياس على ما يقرره منها ، لأن العقود الشكلية استثناء ، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه .

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم ، كاهلية أو الرهن الرسمي مثلا . فإن نفس الشكلية تلزم في عقد التوكيل في إبرام هذا العقد ممن يتطلب القانون شكلية رضائه ( المادة ٧٠٠ مدني ) . كما أن الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد تلزم أيضاً لقيام عقد الوعد بإبرامه ( المادة ١٠١ / ٢ مدني ) ، وفي إجازته وإقراره وتعديله<sup>(٢)</sup> .

ولكن لا يوجد ممة مانع المتعاقدين من أن يتفقا ، في حالة معينة بذاتها ،

---

(١) وفي هذا تختلف العقود الشكلية في القانون الماصر عن أصلها في القانون الروماني ، فقد أدت سطوة الشكل في شريعة الرومان إلى أن احترامه كان يرتب الأثر القانوني ، حتى لو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما غير قائمة .

(٢) راجع : عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ، نبذة ٤٥ - محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٢١ .



على أن يكون عقد رضائي بطبيعته ، كمقد البيع ، عقداً شكلياً ، كما إذا اتفقا على أن البيع الذي يزعمان إبرامه لا ينعقد ، إلا إذا تم في الشكل الرسمي ، أو تم في محرر مكتوب . فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين ، ولا يعتبر العقد قيام إلا إذا جاء في الشكل الذي رسمته ، وذلك ما لم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذي تطلبته الإرادة . فرضائية العقود ، حيث يقررها القانون ، لا تعتبر من النظام العام ، ومن ثم يسوغ الاتفاق على خلافها <sup>(١)</sup> . على أنه يجب هنا أن يكون الاتفاق قاطعاً في دلالاته على أن طرفيه أرادا جعل العقد شكلياً ، بمعنى أنهما أرادا سلوك الشكل المطلوب لذات قيام العقد ، وأن العقد لا ينعقد بدونه . وكثيراً ما تدق معرفة قصد المتعاقدين من استلزام الشكل الذي يتطلبه ، أ هو شرط لانعقاد العقد ، أم لأمر آخر كإثباته ، مثلاً . وعند الشك ، يجب تفسير عبارة العقد على أنها لا تستلزم الشكل لذات انعقاده ، بل للأمر الآخر <sup>(٢)</sup> ، الذي هو دون انعقاد العقد بالضرورة . ذلك لأن الشك الذي يكتنف شرطاً من شروط العقد ينبغي أن يفسر على النحو الذي يتمشى مع ما تقتضي به القواعد القانونية العامة ، ومؤداها هنا أن العقد رضائي <sup>(٣)</sup> .

وإذا قلنا إن الاتفاق بين العاقدين على جعل عقدهما - الذي هو رضائي بطبيعته - عقداً شكلياً يقع صحيحاً ويكون من شأنه أن هذا العقد لا يقوم إلا إذا أبرم في الشكل المتفق عليه ، فإن هذا القول ، وإن كان سليماً تماماً

---

(١) وذلك بخلاف الحال بالنسبة إلى شكلية العقود . فالشكلية ، حيث يستلزمها القانون ، تعتبر من النظام العام . إذ أن القانون لا يقررها إلا مراعاة لمصلحة أساسية . ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإلغاء من الشكلية ، حتى إذا ورد هذا الاتفاق في الشكل المطلوب .

(٢) وقد كانت المادة ١٤٩ من المشروع التمهيد لقانوننا نقض بحكم مخالف . إذ هي تقول « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شكلاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فالفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت في القانون ، وترك الأمر لحكم القواعد العامة .

(٣) انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ط ٢ ص ١٦٣ هامش ١ . عبد المنعم الصده ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ج ١ ص ٣١ .



من ناحية الفكرة العامة والبهج القانوني ، إلا أنه في العمل يتمثل عديم الجدوى في مجال إبرام العقود ذاته . لأن الشكلية التي يتطلبها العاقدان في إبرام عقدهما ، من غير أن يفرضها القانون نفسه . والتي يمكننا أن نطلق عليها الشكلية الاتفاقية ، تتميز أها عن الشكلية التي يفرضها القانون ، أو الشكلية القانونية ؛ تلك الشكلية الاتفاقية يمكن للعاقدين أن يخالفها إذا انعقدت إرادتهما على ذلك . فهي بخلاف الشكلية التي يفرضها القانون ، لاتتعلق بالنظام العام . وهكذا فلا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين ، بعد أن يتفقا على إبرام عقدهما في شكل مرسوم كما إذا اتفق المتبايعان على إبرام البيع في محور رسمي موثق أمام مأور اتوثيق من أن يعودا فيبرمانه في غير ذلك الشكل ، كما إذا أبرما البيع ، في مثالنا في محور عرقي . ذلك لأن إبرام العقد في غير الشكل الذي اتفق عليه العاقدان ابتداء . وفي تاريخ لاحق لهذا الاتفاق ، يعتبر بذاته اتفاقاً منهما ، ولو أنه ضمنى ، على عدم الاعتداد باتفاقهما الأول . وما يجوز للإرادة المشتركة أن تقيمه ، يسوغ لها بذاتها أن تنقضه ، طالما أن هذا النقص لا يتخالف مع النظام العام .

وإذا وصلنا إلى أن الشكلية الاتفاقية المطلوبة لإبرام العقود يمكن لها أن تخالف بإبرام العقد في تاريخ تال في غير الشكل المرسوم ، فإننا نصل إلى أن مثل هذه الشكلية لا تكون ذات جدوى في العمل إلا إذا كانت مطلوبة لإجراء تصرف انفرادي من أحد العاقدين ، كالتنبيه بإخلاء العين المؤجرة مثلاً . حيث أنه يجوز هنا للعاقد الآخر أن يتمسك بوجود حصول التصرف في الشكل المرسوم .

وإلى جانب العقود الرضائية والشكلية ، توجد العقود العينية . وهي تلك التي يلزم لقيامها تسليم الشيء الذي ترد عليه . والعقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إليه تطور القانون الروماني ، في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده .

فللتخلص من الشكل الذي كان يلزم لإجراؤه بالنسبة إلى العقود بوجه عام



سمح الرومان ، بالنسبة إلى بعض العقود . بالاكفاء بتسليم الشيء الذى ترد عليه . وانتقل نظام العقود العينية من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى ، ومن هذا الأخير انتقل إلى القانون المصرى القديم . فقد عرف القانون المصرى القديم ، كالقانون الفرنسى تماماً ، خمسة عقود عينية ، وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى وهبة المنقول التى تبرم سافرة فى عقد عرقى .

ونظام العقود العينية متتقد فى الفقه المعاصر . فلم يعد له مبرر . فهو قد نشأ عند الرومان للتخفيف من حدة الشكل . أما الآن ، فالقاعدة هى رضائية العقود . وبهذا فقد هذا النظام علة وجوده : بل أصبح من شأنه أن يعرقل إبرام التصرفات : بعد أن قصد به فى الأصل تيسيره . من أجل ذلك أخذت التشريعات المعاصرة تهجر نظام العقود العينية . وقد سار قانوننا المدنى فى هذا الاتجاه . فقصر هذا النظام على عقد واحد : بل على صورة معينة من صور انعقاده . وهذا العقد هو هبة المنقول . فيلزم : لانعقاد هبة المنقول ، أن تحيى فى إحدى صور ثلاث : فهى إما أن تحيى فى ورقة رسمية . أو مسترة فى صورة عقد آخر ، أو أن تقرن بقبض الموهوب له الشيء الموهوب ( المادة ٤٨٨ ) . والهبة التى تتم فى الصورة الأخيرة يطلق عليها الهبة اليلوية . اعتباراً بأنها تتم بتسليم الشيء من يد الواهب إلى يد الموهوب له . وهى الصورة الوحيدة لنظام العقود العينية فى قانوننا المدنى الحالى . وفيها لا يعتبر للهبة قيام : إلا إذا تم القبض . أما العقود الأخرى التى كانت عينية فى ظل قانوننا القديم وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى ، فقد أصبحت الآن عقوداً رضائية ، بعد أن كف التسليم عن أن يكون شرطاً لانعقادها ، وأصبح مجرد أثر يترتب عليها . فالرهن الحيازى ، مثلاً يتعقد صحيحاً بمجرد التراضى عليه بين الراهن والمرتهن ، حتى قبل أن يسلم الشيء المرهون إلى هذا الأخير . فتسليم المرهون هنا يقع أثراً لعقد الرهن ، لاركناً لازماً لقيامه ، ويشتمل هذا الأثر فى التزام أساسى يتحمل به الراهن لصالح المرتهن <sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع فى ذلك مؤلفنا ، التأمينات الشخصية والعينية ، تبعة ٤٤١ .



وكما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون عقد رضائي معين عقداً شكلياً ، يسوغ لهما أن يتفقا على جعله عقداً عينياً ، بمعنى ألا يقوم إلا إذا تم القبض . وكثيراً ما يقع مثل هذا الاتفاق في عقد التأمين ، عندما تتضمن بوليئته شرطاً يقضى بعدم قيامه إلا بعد دفع قسط أو أكثر من أقساطه . وقد يقع مثل هذا الاتفاق أيضاً في شأن عقد نقل البضائع . فهذا العقد ، وإن كان بحسب الأصل عقداً رضائياً ، يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه ، إلا أنه يجوز الاتفاق بينهما على تأخير انعقاده إلى وقت تسليم البضاعة المنقولة . فيعتبر حينئذ عقداً عينياً .

### ٣٢ - عقود المعاوضات وعقود التبرع :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى ما إذا كان عاقدها يأخذ مقابلًا لما يعطى أو لا يأخذ ، إلى عقود بمقابل ، أو عقود معاوضات . وإلى عقود بغير مقابل أو عقود تبرع . ففي النوع الأول يعطى العاقد ويأخذ مقابلًا لما يعطيه . ومثاله البيع ، حيث يعطى البائع الشيء المبيع للمشتري ويأخذ منه الثمن ، ويعطى المشتري للبائع انتمن ويأخذ منه المبيع . والإيجار حيث يعطى المؤجر منفعة العين للمستأجر ويأخذ منه الأجرة ، ويعطى المستأجر للمؤجر الأجرة ويأخذ منه منفعة العين المؤجرة . ومثال هذا النوع أيضاً عقد العمل ، وكذلك الوكالة والوديعة إن كانتا بأجر . وفي النوع الثاني ، يعطى أحد العاقدين للآخر شيئاً دون أن يأخذ مقابلًا لما يعطيه إياه ، فهو يتبرع له بشئ من عنده . والمثال القد لهذا النوع هو الهبة ، حيث يعطى الواهب الشيء للموهوب له . دون أن يأخذ مقابلًا لما يعطيه إياه . ومثال هذا النوع أيضاً العارية ، ثم الوكالة والوديعة إن عقدتا بغير أجر .

يظهر من هذا أن أساس تقسيم العقود إلى عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل لما يعطيه من عنده . والمقصود بالمقابل هنا هو المقابل المادى ، أى ذلك الذى تكون له قيمة مالية . فلا يعتد بما يتاله المتعاقد من مقابل أدنى أو معنوى لما يعطيه . ومن ثم فالألم التى تعطى لائنها مالها ، مثلاً ، فى مقابل أن تشيع فى نفسها عاطفة الحب والحنان نحوه .



لا تعتقد معه عقداً من عقود المعاوضات ، وإنما عقداً من عقود التبرع ، فهي تبرع له بما لها .

وإذا خالصنا إلى أن أساس التخصيم الذى نحن بصددده هو حصول المتعاقد على مقابل مادى لما يعطيه أو عدم حصوله عليه <sup>(١)</sup> ، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المتعاقد يحصل على مقابل ما يعطيه من المتعاقد الآخر ، أو كان يحصل عليه من شخص أجنبي عن العقد الذى يبرمه . فالكفيل ، الذى يأخذ مقابلاً لكفالاته من المدين ، يبرم عقداً من عقود المعاوضات ، فى حين أنه يبرم عقد الكفالة مع الدائن ، وأن المدين لا يعتبر طرفاً فى هذا العقد .

وصفة المعاوضة أو التبرع ، وإن لزمت بعض العقود ، بحيث إنها لا تقوم أصلاً إلا إذا اتسمت بها ، فإنه يوجد من العقود الأخرى ما يمكن اتسامه بإحدى هاتين الصفتين أو بالأخرى . فالبيع والإيجار ، مثلاً ، لا يقومان إلا إذا أبرما على سبيل التعاض . وكذلك الهبة والعارية ، لا تقومان إلا إذا أبرمتا على سبيل التبرع . أما الكفالة والوديعة والوكالة ، فمن السائغ أن نجى فى صورة أو فى أخرى ، وفقاً لما إذا كان عاقدتها يأخذ مقابلاً لما يعطى أو لا يأخذ .

---

(١) ولتحديد وصف العقد بحسب ما إذا كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرع ، يجب أن ننظر إلى كل من طرفيه على حدة . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعتبر العقد ، بالنسبة لأحد طرفيه ، تبرعاً ، فى حين أنه يعتبر معاوضة ، بالنسبة إلى الطرف الآخر . فنحن فى الحقيقة لا نتحكم هنا على العقد فى ذاته ، وإنما نتحكم على دور كل من طرفيه فى إبرامه ، فى خصوص كونه يعطى بقتضاء شيئاً بالمجان ، أو يحصل منه على هذا النحو على فائدة مالية من عمه . فإن غلب أن يتم عقد التبرع بهذا الوصف بالنسبة إلى كل من طرفيه ، كما هى الحال فى الهبة والعارية والقرض بدون فائدة والوكالة والوديعة بغير أجر ، إلا أنه من الممكن أن يتم بذلك الوصف بالنسبة لأحدهما دون الآخر . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بغير أجر ؛ فهذا العقد يعتبر بالنسبة إلى الكفيل تبرعاً ، حيث إنه يقدمه لمجرد إسداء الجليل للمدين ، أما بالنسبة إلى الدائن ، فالكفالة تتمثل فى العادة عقداً من عقود المعاوضات ، إذ هو ، أن أستحصل منها على الأمن والضمان فى استيفائه دينه ، فهو لا يأخذ ذلك فى الغالب بالمجان ، وإنما نظير قيامه بإقرض المدين الدين ، أو نظير منحه أجلاً للوفاء به . انظر فى هذا الاتجاه : السجورى ، نظرية العقد نبذة ١٣٩ - جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ٣ ص ٥٧ هامش ٦ .



بقى أن نعرف أن صفتي المعاوضة والتبرع قد تختلطان في ذات العقد الواحد . فمن يبيع ، مثلاً ، داره ، يضمن يقل عن قيمته بمجاملة للمشتري ، كما إذا كان قريبه أو صديقه ، يأخذ بعض ما يراه مقابلًا لداره ، ويتبرع بالباقي . ومن يتبرع بأرضه لابنه مشروطاً عليه أن يدفع له مبلغاً من العقود لا يتناسب البتة مع قيمة الأرض ، يتبرع بالكثير ، ولكنه لا يتجرد كلية عن العوض . وفي مثل هذه الحالة ، لا يسوغ بالضرورة تجزئة العقد ، والقول بأنه يعتبر في بعضه تبرعاً ، وفي بعضه الآخر معاوضة . وإنما يلزم تغليب إحدى هاتين الصفتين على الأخرى ، بعد إجراء الموازنة بين الجزء الذي أخذ المقابل عنه ، والجزء الذي حصل التبرع به ، ومع الاعتداد أساساً بنية المتعاقدين . فالبيع الذي تحصل فيه مجاملة في الثمن يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضات ، مادامت المجاملة لا تتجاوز حدودها المقولة . والمبة تظل تبرعاً ، حتى لو فرض الواهب على الموهوب له القيام بأمر معين ، مادام هذا الأمر لا يتناسب البتة مع قيمة الموهوب ، ومادام الواهب لا يتجرد عن نية التبرع ( أنظر المادة ٤٨٦ / ٢ مدني ) .

وللتفرقة بين المعاوضات والتبرعات أهمية كبرى . ومن مظاهر تلك الأهمية مايلي :

١ - الأصل في التصرفات التي تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية . إذ أن التجارة تقوم على المضاربة وغرض الكسب ، فالتبرع غريب عنها . أما المعاوضات ، فقد تنسم أحياناً بالصفة المدنية ، وأحياناً بالصفة التجارية ، على حسب الأحوال .

٢ - تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات ، باختلاف ما إذا قامت على التبرع أو المعاوضة . ففي عقود التبرع ، نجد القانون يشترط أقصى درجات الأهلية في المتبرع ، وأخفها في المتبرع له ، اعتباراً بأن الأول يجري عملاً يضره ضرراً محضاً ، وأن الثاني يجري عملاً ينفعه نفعاً محضاً . أما في المعاوضات فالقانون يشترط في المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين



النفع والضرر ، وهي أهلية نجي في مرتبة وسطى بين أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وأهلية إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

٣- تختلف معاملة القانون للمتعاقدين باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاضداً . فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التي يعامل بها المتعاضد ، في حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد . فالقانون ينظر إلى المتبرع على أنه متفضل ، فيعامله بالنسبة إلى حقوقه والتزاماته معاملة تتسم بالتسامح واللين . ومن أجل ذلك نجد مركز الواهب : أخف كثيراً من مركز البائع<sup>(١)</sup> ، ومركز المعير أخف من مركز المؤجر . أما المتبرع له ، فالقانون ينظر إليه على اعتبار أن المتبرع يسدى إليه الفضل والجميل ، الأمر الذي جعله يقرر له معاملة تتسم بشيء من الصرامة . ولهذا نجد مركز الموهوب له أشد من مركز المشتري<sup>(٢)</sup> ، ومركز المستعير أشد من مركز المستأجر . بل إننا نجد القانون يعامل المتعاقد في ذات العقد الواحد . معاملة تختلف باختلاف ما إذا كان متبرعاً أم متعاضداً . فهو يقرر للوكيل والوديع بغير أجر معاملة أخف من تلك التي يقررها للوكيل أو الوديع بأجر<sup>(٣)</sup> .

٤- تختلف بصفة عامة التبرعات عن المعاوضات بالنسبة لإبطالها على

(١) فلواهب ، مثلاً ، أن يرجع في هبه ، ولو حل غير رغبة من الموهوب له ، إذا استند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة ٥٠٢ مدني ( راجع المادة ٥٠٠ / ٢ ) أما البائع ، فليس له ، بغير إرادة المشتري ، الرجوع في البيع بعد تمامه .

(٢) فالقانون ، مثلاً ، يتطلب من الموهوب له الوفاء الواهب في مقابل ما وهبه إياه ، فلا يخل بما يجب عليه نحوه إخلالاً لا يعتبر جرمياً كبيراً من جانبه إزماءه ، وإلا حل الواهب اعتبار هذا الجرم عذراً مقبولاً يتحوله أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع في الهبة ( المادة ٥٠١ ) . أما المشتري ، فلأنه يدفع مقابل ما يشتريه ، فلا يقع عليه واجب خاص في الوفاء للبائع ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يرجع في يمينه له بحجة حصول الجرم منه .

(٣) انظر ، في شأن الوكالة ، المادة ٧٠٥ ، حيث تتطلب من الوكيل بأجر أن يذل في مباشرة الوكالة العناية التي يبذلها الرجل العادي ، في حين أنها لا تتطلب من الوكيل بغير أجر إلا العناية التي يبذلها في أعمال الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك بأزيد من عناية الرجل العادي . وانظر المادة ٧٢٠ ، حيث تجرى نفس التضييق في شأن عقد الوديعة .



أساس الغلط الواقع في شخصية المتعاقد . فالغلط الذي ينهض سبباً لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى . ويغلب أن يكون الغلط في شخصية المتبرع له جوهرياً . لأن التبرع يقوم أساساً على اعتبارات شخصية يقدرها المتبرع في المتبرع له ، وتعتبر بالنسبة إليه السبب الرئيسى الذى يدفعه إلى التعاقد . أما المعاوضات ، فالأصل فيها أن الغلط في شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهرياً . ولا ينهض بذلك سبباً لإبطالها ، إذ أن شخصية المتعاقد فيها لا يكون لها عادة كبير اعتبار . ولكن ذلك لا يمنع من أنه في كثير من الأحيان يكون لشخصية المتعاقد في عقد المعاوضات . اعتبار رئيسى ، كما هي الحال ، على وجه الخصوص في عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل . وفي مثل هذه الحالة ، يعتبر الغلط في شخصية المتعاقد جوهرياً ، وينهض سبباً لطلب الإبطال .

٥ - تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه . ففي الأولى يلزم غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش (المادة ٢٣٨ / ١) . أما في الثانية ، فلا يلزم هذا الشرط أصلاً (المادة ٢٣٨ / ٢) .

### ٣٣ - العقود الملزمة للجانبين وتلك الملزمة لجانب واحد :

تنقسم العقود ، بحسب ما إذا كانت تنشئ التزامات على طرفيها كليهما أم على أحدهما فقط ، إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، نجد الالتزامات تثقل كلا من طرفيها على سبيل التقابل . فكل منهما دائن للآخر ومدين له . ومثالها عقد البيع ، حيث إنه ينشأ التزامات على البائع لصالح المشتري (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) ، وأخرى على المشتري لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وتسليم المبيع) ، وعقد الإيجار ، حيث ينشئ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) ، وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) . ومن العقود التي باتت ملزمة



لجانبين ، بعد أن كانت من قبل ملزمة لجانب واحد ، العارية والقرض والرهن الحيازي ، وهى من العقود التى كانت عينية فى الماضى ، ثم ارتفعت عنها عينيها ، وأضحت عقوداً رضائية <sup>(١)</sup> .

أما العقود الملزمة لجانب واحد ، فهى تلك التى ترتب الالتزامات فى ذمة أحد طرفيها دون الآخر ، فيكون هذا الطرف مديناً غير دائن ، فى حين أن الطرف الآخر يكون دائناً غير مدين . ومثال هذه العقود الهبة حيث ترتب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشيء والالتزام بتسليمه ، فى حين أن الموهوب له لا يتحمل فى العادة بأى التزام ومثاله أيضاً الكفالة <sup>(٢)</sup> .

ويجب عدم الخلط بين تقسيم العقود إلى عقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد وبين تقسيم التصرفات إلى تصرفات صادرة من جانبين وأخرى صادرة من جانب واحد . فهذا التقسيم الأخير يتناول التصرف فى ذات قيامه ، ناظراً إلى من يجريه . فإن كان شخص واحد هو الذى يجريه كان تصرفاً صادراً من جانب واحد ، كالوصية والوقف . وإن كان التصرف لا يتعدى إلا إذا أجراه طرفان ، كان تصرفاً صادراً من جانبين كالبيع . أما التقسيم الأول ، فهو يتناول العقود ( التى هى تصرفات صادرة من جانبين ) من حيث أثرها .

---

(١) فن الأصول الأساسية فى عقود المادية والقرض والرهن الحيازي حصول تسليم الشيء محل العقد . ولقد كان هذا التسليم ، فى ظل القانون الرومانى ، ومن بعده فى ظل القانون الفرنسى ، ثم فى ظل قانوننا المصرى القديم ، ركناً لازماً لذات قيام العقد . ومن هنا أتى وصف العقود السابقة بالعينية . وفى الفكر القانونى الحديث ، كف تسليم العقود عليه ( الشيء الممار أو المقرض أو الموهوب ) عن أن يكون ركناً فى العقد ، فارتفعت بذلك العينية ، ولكنه صار أثراً للعقد ، متشكلاً فى التزام يتحمل به المانح الذى لم يكن فى الماضى متحلاً بأى التزام ، فأضحى العقد ملزماً لجانبين ، بعد أن كان من قبل ملزماً لجانب واحد . وقد تمشى القانون المصرى الحالى مع الفكر الحديث ، فى خصوص ما نحن بصدده ، فنص على قيام الالتزام بتسليم العقود عليه على المبيع ( المادة ٦٣٥ و ٦٣٦ ) وعلى المقرض ( المادة ٥٣٨ والمادة ٥٣٩/٢ ) وعلى الرهن الحيازي ( المادة ١٠٩٦ والمادة ١٠٩٩ ) .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٨ .



وينبغي عدم الخلط كذلك بين تقسيم العقود إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة للجانبين وبين تقسيمها إلى تبرعات ومعاوضات . فالأساس مختلف في التقسيمين ، كما يتضح مما قلناه . ثم إن التقابل لا يقع تماماً بينهما . فإن كان الغالب في عقود التبرع أن تلزم جانباً واحداً ، هو المتبرع ، دون الجانب الآخر وهو المتبرع له ، كما هي الحال في الهبة ، إلا أنه قد تكون في بعض الأحوال ملزمة للجانبين . ومثال هذه الحالة الأخيرة الهبة المقرنة بتكليف أو الهبة بشرط ، وهي التي تفرض على الموهوب له أداء التزام معين . وكذلك إن كان الغالب أن تقع المعاوضات ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب واحد فقط . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بأجر يأخذها الكفيل من المدين لا من الدائن <sup>(١)</sup> .

ولتقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد أهمية بالغة . وترجع هذه الأهمية إلى أن العقود الأولى تقوم على التقابل بين الالتزامات المفروضة على كل من طرفيها ، في حين أنه لا يوجد في العقود الملزمة لجانب واحد أي تقابل بين الالتزامات . وقد اعتد القانون بالتقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من حيث ذات قيامها ، ثم من حيث تنفيذها ، ومن حيث سبيل التحلل منها <sup>(٢)</sup> . ففي هذه العقود ، يتمثل التزام

---

(١) فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن ، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها . فإن أخذ الكفيل مقابلاً لكفالاته من المدين ، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات ، فإن هذا لا يمنع من أن تلك الكفالة ترتب على الكفيل وحده الالتزامات ، ولا ترتب التزامات ما على الدائن ، وهو طرفها الآخر . فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد ، يرغب أنها من أعمال المعاوضات .

(٢) كما أنه يترتب أيضاً على التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين مبدأ تماصر التنفيذ للالتزامات المتعاقبة . فالأصل في هذا النوع من العقود ، هو وجوب الوفاء بالالتزامات المتعاقبة في وقت واحد ، بالنسبة إلى الطرفين كليهما . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا نص القانون أو قضى العرف أو الاتفاق بغيره . انظر في هذا الاتجاه : تمييز الكويت ١٩٧٥/٥/٢٨ ملن رقم ١٩٧٤/١٦ تجاري ، مجموعة القواعد القانونية بحكمة التمييز ص ١٩٣ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « من المقرر في مجال الارتباط فيما بين الالتزامات المتعاقبة في التمدد الملزم للجانبين أن يكون التنفيذ من جهة مقابلاً لتنفيذ من الجهة الأخرى . تعتبر الالتزامات المتعاقبة مستحقة التنفيذ في وقت واحد . فإذا قام أحد المتعاقدين بالتزامه فإن الالتزام المقابل له ينفذ » .



كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر مضافاً إليه الباعث الذي دفعه إلى التعاقد ، عن نحو ما سنوف نبينه عند دراسة السبب كركن في العقد . وهكذا فإذا لم يتم التزام أحد العاقدين لأمر أو لآخر ، فقد الالتزام الآخر سببه ، وبطل بالتالي العقد كله . ومن ناحية ثانية ، إذا لم يتم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه ، كان للطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه : وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ناحية ثالثة ، يسوغ في العقود الملزمة للجانبين ، عند عدم أداء أحد طرفيها التزاماً عليه ، أن يطالب الطرف الآخر من القاضي بالحكم بفسخ العقد ، حتى تؤول الالتزامات التي يرتبها عليه . هكذا يعمل في العقود الملزمة للجانبين بنظمي الدفع بعدم التنفيذ والفسخ ، في حين أنهما لا يطبقان في العقود الملزمة لجانب واحد . وكذلك يختلف مضمون السبب كركن لازم لقيام العقد ، في العقود الملزمة للجانبين عنه في العقود الملزمة لجانب واحد .

#### ٣٤- العقود الفورية والعقود المستمرة أو عقود المدة :

تقسم العقود ، بحسب ما إذا كان للزمن دخل في تحديد مدى ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها أم لا : إلى عقود فورية وعقود مستمرة أو زمنية أو عقود المدة .

فالعقود الفورية *Contrats instantanés* هي التي لا يتدخل الزمن في

---

= الماقد الآخر يكون مستحقاً ومنجزاً في ذات الوقت ، وعليه أدائه بغير حاجة إلى إنذار رسمي أو أي إخطار آخر قبل رفع الدعوى . . . وبين لنا على هذا الحكم ملاحظتان : حاصل الأولى أن عبارة الحكم جاءت مطلقة على نحو يوحي بأن مبدأ تماسر تنفيذ الالتزامات المتعاقبة هو مبدأ يتسم بالشمول والاطلاق ، وذلك في حين أنه ليس كذلك . فمن الممكن أن يخالف ويتوجب أداء التزامات أحد العاقدين فوراً ، حالة كون التزامات الآخر مؤجلة التنفيذ ، وذلك إذا قضى به القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد . وحاصل الملاحظة الثانية أن الحكم قد جابه التوفيق بقوله إنه عند قيام أحد العاقدين بالتزامه يتوجب على الماقد الآخر أن يقوم بدوره بالتزامه بغير حاجة إلى إنذار أو إخطار . فإذا كان صحيحاً أنه يتوجب على الماقد تنفيذ التزاماته ، عندما يقع المتعاقد الآخر بما يفرضه من الالتزامات ، إلا أنه لا يعتبر مخلاً بها إلا بعد إخطاره ، وفقاً للقواعد العامة ، ما لم يكن إخطاره غير مطلب قانوناً .



تجديد مقدار ما يؤدي من الالتزامات المتولدة عنها ، وسين بعد هذا أن يتدخل في تجديد وقت نفاذها أو لا يتدخل . فالبيع مثلا عقد فوري التنفيذ ، لأن التزامات البائع والتزامات المشتري تؤدي ، دون أن يتدخل الزمن في تحديد مقدارها ومداها . فالزام البائع بنقل الملكية والتزامه بالتسليم ، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن . هذه الالتزامات كلها تتحدد في مداها دونما دخل الزمن ، وما يؤدي من هذه الالتزامات يؤدي مرة واحدة دون تكرار . فالبايع لا يسلم المبيع ولا ينقل ملكيته إلا مرة واحدة ، والمشتري لا يدفع الثمن إلا مرة واحدة كذلك . من أجل هذا يقال عن البيع إنه عقد فوري ، أو هو فوري التنفيذ . ولا يغير من وصفه هذا أن يقرن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بأجل محدد . لأن الأجل هنا لا يؤثر في مدى ما يؤدي من التزامات ، ولكنه يؤثر فقط في وقت تنفيذها . فإن أرحى قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، مثلا ، أو اشترط دفع هذا الثمن على أقساط . فإن هذا لا يؤثر في مقدار الثمن الذي يجب دفعه <sup>(١)</sup> .

أما العقود المستمرة *Contrates successifs* أو عقود المدة *Contrats de durée* : كما يتجه بعض الفقهاء إلى تسميتها في مصر ، فهي تلك التي يتوقف مقدارها ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن ، إذ أن هذه الالتزامات تضيق في مداها أو تتسع ، بحسب قصر أو طول المدة التي ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة : عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد . فكلما طالّت مدة عقد الإيجار ، مثلا . كلما اتسع نطاق

---

(١) والحقيقة أن اصطلاح « العقود الفورية » الذي هو ترجمة لفظية للاصطلاح المقابل في اللغة الفرنسية ، من شأنه أن يدعو إلى اللبس الذي أردنا أن نحذر منه في المتن . ذلك لأن لفظ « الفوري » قد يشير في القعن أن أداء الالتزامات الناشئة من العقد يتم فور قيامها . ولعله كان من الأوفق أن يستبدل بإصطلاح « العقود الفورية » اصطلاح آخر من شأنه أن يمدد اللبس الذي أظهرناه . ولعله كان من الممكن هنا أن نقول : « العقود كسوية التنفيذ » ، بمعنى أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها يتم مرة واحدة دون تكرار ، ليعبر بذلك التقابل بين العقود التي نحن بصددنا والعقود المستمرة التنفيذ . ولكننا لسنا مع ذلك من أنصار التجديد في الاصطلاحات المستقرة الثابتة . إذ أن الخبرة في الاصطلاحات العلمية عامة ، والقانونية منها خاصة ، هي بما تدل عليه ويفهم منها .



التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة . وهكذا فالزمن عنصر أساسي في العقود المستمرة ، في حين أنه لا يعتبر كذلك في العقود الفورية .

ولنقسم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن ، إذا فات ، لا يعود . ففوات الزمن يؤثر بالضرورة في العقود المستمرة . ولكنه لا يؤثر في العقود الفورية . ومن أهم مظاهر هذا التأثير مايلي :

١ - إذ أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء أحصل ذلك برضاء عاقديه أم بسبب أجنبي لايد لأحدهما فيه ، انتقص ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنه ، في حدود مايقابل مدة الوقف . فإذا أغرقت السيول ، مثلاً ، العين المؤجرة ، وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن ، زال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين خلال تلك المدة ، وزال أيضاً التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها . أما العقود الفورية ، فوقف تنفيذها لا يؤثر في مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها . فهو لا يعلو أن يكون ارجاء لأداء تلك الالتزامات ، التي تظل محفوظة بمقدارها كاماة .

٢ - فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدي إلى زوالها بأثر رجعي ، كقاعدة عامة . فهي تعتبر نتيجة فسخها أو انفساخها ، كأن لم تبرم أصلاً : الأمر الذي يترتب عليه إرجاع عاقدتها إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامها . أما العقود المستمرة ، فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعي ، بل يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة إلى المستقبل فحسب <sup>(١)</sup> و <sup>(٢)</sup> . والسبب في ذلك أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود يقوم في أساسه على الزمن :

---

(١) وسوف نمود إلى ذلك ، عند الكلام في الفسخ والانتساح كسبين لانحلال العقد .

(٢) بل إن القضاء الفرنسي ، متأثراً في ذلك باعتبارات انسانية لمصلحة العامل ، يميز ، بمقدد عقد العمل ، على عدم إعمال فكرة الأثر الرجعي حتى بالنسبة إلى البطالان نفسه ، ولو كان هذا البطالان متعلقاً بالنظام العام ، ما لم تكن المخالفة التي أعت. إليه جسيمة فادحة . راجع في ذلك : مؤلفنا : أحكام قانون العمل الكويتي ، نية ١٥٨ .



والزمن الذى فات لا يعود . فإذا بدأ ، مثلا ، تنفيذ عقد الإيجار ، ثم تفرز فسخه ، ما كان فى مقدورنا أن نزيل من الوجود انتفاع المستأجر بالعين فى المدة السابقة على الفسخ . فهذا الانتفاع قد تم بالفعل ولاسيما إلى إزالته . من أجل هذا يقتصر فسخ الإيجار على إنهاؤه بالنسبة إلى المستقبل ، دون أن يكون له أثر بالنسبة إلى الماضى .

### ٣٥ - العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

تنقسم العقود ، بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا ، إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية .

فالعقد محدد القيمة (Contrat commutatif) هو ذاك الذى يمكننا ، عند إبرامه ، أن نتبين قيمة الالتزامات الناشئة عنه ، بحيث يستطيع كل متعاقد أن يعرف ، فى هذا الوقت ، مدى ما يأخذه ومدى ما يعطيه بمقتضاه . ومثال العقود محددة القيمة ، بيع شيء معين أو إيجاره نظير مبلغ نقدى محدد كتمن أو كأجرة . فهنا نستطيع أن نتبين ، عند إبرام العقد ، مدى ما يعطيه ويأخذه كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر .

أما العقد الاحتمالى Contrat aléatoire فهو ذاك الذى لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها ، عند إبرامه ، بل تتوقف تلك القيمة على عوامل مستقبلية للصدفة فيها أثر كبير . ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين ، والبيع الذى يكون اثنين فيه إيراداً مرتباً لمدى حياة المشتري . فلا نستطيع ، مثلا ، عند إبرام عقد التأمين على الحياة ، أن نعرف قيمة المبالغ التى يدفعها المؤمن له لشركة التأمين . فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد ، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها .

وتقسم العقود التى محددة القيمة واحتمالية يكاد يكون عديم الفائدة قانونياً ، اللهم إلا بالنسبة إلى نوع معين من العقود الاحتمالية ، وهى تلك التى



تقوم على المضاربة والمقامرة ، كبيع القطن قديماً في البورصة لأجل ، وهو ما كان يطلق عليه « الكونتريبات » : حيث إن القضاء وعلى رأسه محكمة النقض قد استقر على عدم سريان نظرية الحوادث الطارئة على هذا النوع من العقود <sup>(١)</sup> . بخلاف الأصل في العقود بوجه عام .

### ٣٦ - العقود المدنية أو عقود القانون الخاص والعقود الإدارية :

تمتة تقسيم جديد للعقود ، بشق طريقه إلى « نينا القانون » ، من وقت ليس يجد بعيد : بعد أن لم يكن معروفاً من قبل ، وذلك هو تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود إدارية .

ف فكرة العقود الإدارية هي فكرة جد حديثة . فهي ترجع إلى مطلع القرن الذي نعيشه . وهي ترجع في نشأتها إلى القضاء الإداري الفرنسي . وأساس نشأتها هو توزيع الاختصاص ، في شأن العقود عامة ، بين القضاء العادي والقضاء الإداري .

فلقد كان معيار التفرقة : في فرنسا ، بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري ، يتمثل في فكرة عمل السلطة *acte d'autorité* . ومؤدى هذه الفكرة أنه إذا كان العمل قد قامت به الإدارة باعتبارها ممثلة للسيادة والسلطان في الدولة ، كفرض ضريبة أو استيلاء على مال للفرد أو نزع ملكيته ، اعتبر عملاً إدارياً وخضع بالتالي للقضاء الإداري . أما إذا كان عمل الإدارة قد صلو منها باعتبارها شخصاً عادياً ، اعتبر عملاً مدنياً . وخضع للقضاء العادي . وكان يعتبر من شاكلة هذا الصنف الأخير من الأعمال العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد أو الشركات بوجه عام . كبيع مان مملوك للدولة ملكية خاصة أو إيجاره وكعقد مقاوله لإجراء الأشغال العامة .

وعلى مر الزمن ، بدأ المشرع الفرنسي ، في نطاق محدود ، يخضع عقوداً بعينها من تلك التي تبرمها الإدارة للقضاء الإداري ، كمعقد الأشغال

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٢/١٥ مجوعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٨٧ قاعدة ٣٨ .

وانظر ماسيجي ، نيلة . . .



العامة وعقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ومن هنا نشأت فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن غيرها من العقود ، من حيث اختصاص القضاء الإداري المنازعات التي تثور حولها ، دون القضاء العادي . وقد كانت الفكرة السابقة ، في بادئ الأمر ، محدودة في نطاقها بالعقود التي يعيها المشرع نفسه *Contrats administratifs par détermination de la loi* . ثم أخذ مجلس الدولة الفرنسي يتوسع في فكرة العقود الإدارية ، بغية الزيادة في اختصاصه ، إلى أن انتهى إلى إطلاق فكرة العقد الإداري ، وجعلها شاملة كل عقد تبرمه الإدارة في شأن تسيير أو تنظيم المرفق العام ، قومياً كان هذا المرفق أم محلياً .

ولم تنشأ فكرة العقود الإدارية في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة في سنة ١٩٤٦ ، حيث إن أساس نشأتها المتمثل في وضع معيار للتفريق ، في صدد العقود ، بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري لم يتواجد من قبل . بل إن فكرة العقود الإدارية لم تبدأ في الظهور في مصر إلا في سنة ١٩٤٩ ، حينما عدل قانون مجلس الدولة الصادر في سنة ١٩٤٦ بما يدخل في اختصاصه لأول مرة النظر في المنازعات المتعلقة ببعض العقود الإدارية . وهي عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد . وذلك دون أن يرفع القانون النظر في المنازعات السابقة عن القضاء العادي : الأمر الذي جعل الاختصاص بالعقود السابقة اختصاصاً مزدوجاً . وجاء قانون مجلس الدولة الصادر في سنة ١٩٥٥ : ومن بعده قانون مجلس الدولة الحالي ( القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ) بمنحان لمجلس الدولة وحده ، دون القضاء العادي ، الاختصاص بنظر المنازعات بأى عقد إداري على وجه العموم والشمول <sup>(١)</sup> . وعلى هذا النحو ، أخذ تقسيم العقود إلى عقود مدنية ، أو عقود القانون الخاص ، وعقود إدارية <sup>(٢)</sup> يتسم بأهمية بالغة في مصر .

(١) راجع المادة ١٠ من كل من القانونين رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) راجع في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد : ثروت بدوي ، الميار المميز للعقد الإداري ،

مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ص ٢٧ ج ٣ و ٤ ص ١١٥ وما بعدها .



فالمنازعات المتعلقة بالعقود الأولى تدخل في اختصاص القضاء العادى ،  
في حين أن تلك المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في اختصاص القضاء الإدارى .

والعقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، أى جهة  
من جهات الإدارة ، بقصد تنظيم أو تشغيل مرفق عام ، وتظهر فيه نية  
الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام ، بأن كان يتضمن شروطاً غير  
مألوفة *Clauses Exorbitantes* فى القانون الخاص . فقوام العقد الإدارى  
الاعتبارات الثلاثة الآتية :

١ - الإدارة فيه طرف . وسواء فى ذلك أكانت فى إجراءاتها العقد  
محملة للسيادة والسلطان من علمه .

٢ - أن تبرم الإدارة العقد بقصد تنظيم أو تسيير مرفق عام .

٣ - أن يتضمن العقد وسائل القانون العام بالنسبة إلى تنفيذه ، بأن ينطوى  
على اشتراطات غير مألوفة فى مجال تطبيق القانون الخاص ، كأن يشترط  
فى العقد منح جهة الإدارة حقوقاً وامتيازات لا تثبت فى مجال العقود المدنية ،  
وكان يتضمن العقد شروطاً من شأنها أن تخول المتعاقد مع جهة الإدارة  
سلطات استثنائية فى مواجهة الغير ، بمعنى أن تخوله مباشرة بعض مظاهر  
السلطة العامة ، أو أن تشركه مع جهة الإدارة فى تسيير المرفق العام .

ولتنظيم العقود إلى مدنية وإدارية أهمية بالغة . فإلى جانب تنوع  
الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بكل منها بين القضاء الإدارى والقضاء العادى  
الذى هو أصل نشأة التفرقة ، أخذت العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها  
المدنية فى أمور عديدة أخرى ، وإن بقيت بطبيعة الحال خاضعة لأحكام  
نظرية العقد المنصوص عليها فى القانون المدنى ، والى تعرضها فى هذا المؤلف ،  
فى غير مايرد عليه التخالف .

ويرجع أساس التخالف فى الحكم فى بعض النواحي بين العقود المدنية  
من ناحية . والعقود الإدارية من ناحية أخرى ، إلى أن القضاء الإدارى  
يتميز عن القضاء العادى بأنه لا يتقيد بالقانون على النحو الدقيق الصارم



الذي يقتضيه به هذا الأخير . فكثيراً ما يعمد القضاء الإداري إلى عدم التقيد بالصارم بأحكام القانون ، إذا ماعدته إلى ذلك اعتبارات المصلحة العامة ، وهذا ما أدى إلى أن يقال عنه إنه قضاء بريثوري أو قضاء ذو نزعة بريثورية ، إشارة إلى دور البريتير في القانون الروماني في تطوير هذا القانون وتخفيف حدته ، ولو كان ذلك على حساب صارم قواعده . ومن الأمور التي يتخالف فيها العقد الإداري عن العقد المدني ، على نحو ما سار عليه القضاء الإداري ، عدم ثبوت الرخصة للقاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي عند مخالفة المتعاقد مع الإدارة لمقتضى التزامه <sup>(١)</sup> ، وهي الرخصة المقررة بالمادة ٢٢٤ مدني . ولاننسى ، في المجال الذي نحن بصدد ، دور القضاء الإداري الفرنسي في القول بنظرية الظروف الطارئة في خصوص العقود الإدارية ، على نحو لا يفتق مع نصوص منونة نابليون ، وعلى الخصوص المادة ١٢٣٤ منها ، ويتخالف مع ما تسير عليه إلى الآن محكمة النقض الفرنسية .

---

(١) انظر نقض مدني ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ ، طعن ٢٦٢ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠٨١ رقم ١٥٤ . وقد جاء في هذا الحكم : « غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، إذ أن هذه الغرامات جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد . وفي سبيل تحقيق هذه الغاية ، يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم بها ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تفررت الغرامة جزاء لها . كما أن لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقة في ذمتها للمتعاقد المتخلف . ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء اغلال هذا المتعاقد بالتزامه ، ومن ثم فلا تلزم بإثبات هذا الضرر ، كما أنه لا يجوز للطرف الآخر أن ينازع في استحقاقها للغرامة كلها أو بعضها بحجة انقضاء الضرر أو المبالغة في تقدير الغرامة في المقدار لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي - وكما أن للإدارة سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في تنفيذ الالتزام ، فإن لها أيضاً سلطة التنفيذ المباشر بأن تحمل بنفسها على المتعاقد المتخلف أو المقصر في تنفيذ الالتزام أو تمهيد بتنفيذه إلى شخص آخر . . . » . وانظر في نفس الاتجاه : نقض مدني ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٥٣ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٢١٣ رقم ٣٧ - نقض مدني ١٩٦٥/١٠/٢٦ طعن ٤٧١ س ٣٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٧٢ رقم ١٤٥ - نقض ١٩٦٥/١١/٢٣ طعن ٨٧ لسنة ٣١ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١١٢٦ رقم ١٧٦ - نقض ١٩٦٦/٤/٧ ط ٣٢/٢٢٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٢٥ .



ولقد كان للقضاء الإدارى الفرنسى ، بقوله بإعمال نظرية الظروف الطارئة  
فى العقود الإدارية ، فضل غرس نواة هذه النظرية ، التى سرعان ماعم تطبيقها  
على كل العقود ، فى الكثير من البلاد ومن بينها مصر ، على نحو ماستبينه  
عند تناول تلك النظرية فى باب آثار العقد (١) .

### ٣٧ - تقسيات العقود فى الفقه الإسلامى :

بخلاف ما رأيناه فى الفكر القانون المعاصر ، لم يلجأ الفقه الإسلامى التقليدى  
إلى تقسيم عام شامل للعقود . وليس هذا بغريب . فقهاء المسلمين لم يصلوا  
إلى حد وضع نظرية عامة للعقد ، تتضمن بين رحابها الأسس التى تقوم عليها  
العقود بوجه عام ، والأحكام المشتركة التى تسرى عليها كلها أو أكثرها ،  
شأنهم فى ذلك شأنهم فى كافة الموضوعات الأخرى ، حيث اقتضت  
اجتهاداتهم على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة ، من غير أن  
يعملوا إلى التاصيل والتركيز ، إلا فى أقل القليل . وإذا كان فقهاء المسلمين  
التقليديون لم يصلوا إلى وضع نظرية عامة للعقد ، فإنهم قد قنعوا بأن يأخذوا  
كل عقد على حدة ، ليبينوا قواعده وأحكامه ، حتى إذا ما فرغوا منه ،  
انتقلوا إلى غيره . بل إنهم ، فى تناولهم للعقود المختلفة ، لم يراعوا منطقاً  
ولاضابطاً يهديهم فى ترتيب سردها . وإنما اتبع الكثير منهم ، فى سرد العقود  
التي تناولوها ، ترتيباً قائماً على محض التحكم . الأمر الذى أدى إلى وقوع  
اختلاف كبير فى ترتيب العقود عند فقهاء المسلمين ، غلى نحو ربما لا يخلو  
من الإسراف والشطط (٢) .

---

(١) ومن الأمور التى يقع فيها التخالف بين العقود الإدارية والعقود المدنية ، على نحو  
ما يسر عليه الفكر القانونى الإدارى ، عدم اعمال النفع بعدم التنفيذ من المتعاقد مع جهة الإدارة -  
انظر فى ذلك : سليمان العاوى ، العقود الادارية ط ٣ ص ٥٦٤ .

(٢) بل إن من فقهاء المسلمين من أورد أحكام العقود وفق ترتيب لا يتسق مع فن القانون  
وحسن صناعته ، ويتجاضع مع ما عرف عن فقهاء المسلمين من علو كبرهم فى الخلق . ومن هؤلاء  
البرخى ( القرن الخامس الهجرى ) الذى بدأ بالوديمة ( وهى عقد قليل الأهمية نسبياً ) ، فى حين  
أن البيع ( وهو أهم العقود قلطية ) لا يأتى عنده إلا فى المكان الخامس ، بعد الوديمة والمارية  
والشركة والمبة .



وإذا كان التقليديون من فقهاء المسلمين لم يلجأوا إلى تقسيم العقود ، فإن بعض الحديثيين منهم ، متأثرين في ذلك بالفقه القانوني المعاصر ، قد حاولوه ، وإن لم يصلوا فيه إلى ذروة النجاح <sup>(١)</sup> . ولعل أقرب تقسيمات العقود إلى المنطق ، فيما قال به فقهاء المسلمين الحديثيون ، هو ذلك الذي قال به الأستاذ أحمد قدرى باشا في مؤلفه القيم « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . وهو يقوم على تقسيم العقود ، بحسب موضوعها ، إلى عقود ترد على الأعيان لتليكها بعوض ( البيع ) ، أو بغير عوض ( الهبة ) ، وعقود ترد على الأعيان لحفظها ( الوديعة ) أو لاستهلاكها ورد بلها ( القرض ) ، وعقود ترد على عمل الإنسان <sup>(٢)</sup> . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم ( المادة ٧٤ ) .

وقد نحت « الهبة » منحى الفقه الإسلامى التقليدى . فلم تتعرض لتقسيمات العقود . واكتفت بسرد أحكام كل منها وفق ترتيب اتبعته ، لانرى فيه منطقاً ولا ضابطاً ولا حتى مجرد فكرة تجمع بين ماتقدم منها وما تلاه ، إلا في القليل . وقد أفردت الهبة كتاباً خاصاً لكل عقد ، فيما عدا الوديعة والعارية حيث جمعتهما في كتاب واحد ، أطلقت عليه عنوان « الأمانات » .

وقد استهلت « الهبة » العقود <sup>(٣)</sup> بالبيع ، ثم الإيجار ، فالكفالة ، فالحوالة فالرهن ، فالوديعة والعارية ، فالهبة ، فالشركة ، فالصالح <sup>(٤)</sup> .

---

(١) ومن أهم تقسيمات الفقهاء الحديثيين للعقود هو تقسيم العقود إلى عقود معاوضة ( كالبيع والإيجار ) ، وعقود تبرع ( كالهبة والعارية والوديعة بلا أجر ) وأن كانوا يضيفون إلى هذين الصنفين من العقود صنفاً ثالثاً يشمل ما يسمونه عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، ويمثلون له بالكفالة والرهن . وهناك تقسيم آخر عند الفقهاء الحديثيين ، يقوم على تميزة العقود إلى ودائع أو أمانات ( الوديعة والعارية والرهن ) ووكلات ( الوكالة والشركة ) والتوثيقات ( الكفالة والحوالة والرهن ) .

(٢) راجع مرشد الحيران في المواد ٢٦٣ - ٢٦٦ .

(٣) وذلك بعد أن انتهت ، في المائة الأولى من موادها ، من تناول القواعد الفقهيّة العامة .

(٤) ولم تكتف الهبة ، في سردها لأحكام العقود ، بعدم اتباع منطق ظاهر في الترتيب ، بل أنها لجأت إلى قطع هذا الترتيب بالتعرض لأمور لا تمت إلى العقود بصفة . فقد ذكرت أحكام النصب والاتلاف والحجر والاكراه والشفعة ، في الكتابين الثامن والتاسع بين الهبة والشركة .



## ٢٨ - هل العقود في الشريعة الإسلامية واردة على سبيل الحصر ؟

عرفنا ، فيما سبق ، أن الفقه الإسلامي التقليدي تناول العقود عقداً عقداً ، دون أن يعتمد إلى تقسيمها إلى الطوائف والفصائل التي يمكن تفريعها إليها . ولعل من أهم ما يثيره هذا الاتجاه من تساؤلات هو معرفة ما إذا كانت العقود التي أوردتها الفقه الإسلامي التقليدي ، والتي أضيق على كل منها بالضرورة اسماً يميزه عن غيره ، والتي يمكن ، بلغة القانون العصري ، أن يطلق عليها اصطلاح « العقود المسماة » ، هي وحدها التي تجوز مباشرتها ، أم أنه يسوغ للناس أن يبرموا عقوداً أخرى غيرها ، وهي تلك التي تقابل في القانون العصري العقود غير المسماة أو غير المعينة ؟ وبعبارة أخرى ، هل العقود التي أتى بها الفقه الإسلامي واردة فيه على سبيل الحصر ؟

إن أهمية هذا الموضوع لا تخفى على أحد . أن ظروف الحياة تتغير على مر الزمن . بل هي تختلف ، في الزمن الواحد ، من بلد إلى بلد . فهل يجب على المسلمين ، في وقتنا الحاضر ، أن يعتبروا العقود التي أوردتها الفقه الإسلامي المذكورة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يتحتم عليهم أن يقتنعوا بها في تنظيم أمورهم ، أم أن لم أن يفنشوا عقوداً أخرى لم تكن من قبل ، تتسق مع ما استجد من ظروف معاشهم ؟ وإذا أردنا أن نتخذ لذلك من واقع الحياة عندنا مثالا ، فلا يوجد أفضل من أن نسوق عقد التأمين . ففقهاء المسلمين لم يعرفوا هذا العقد ، شأنهم في ذلك شأن الأقدمين في شرائع الدنيا قاطبة . فهل يحق لنا أن نستخلص من ذلك عدم جواز التجاء المسلمين إلى هذا العقد في حين أنه أصبح اليوم ضرورة اجتماعية واقتصادية ليس لأى مجتمع متحضر عنها غناء ؟

لعل النظرة العابرة في شريعة المسلمين تتيح لقائل أن يقول إن العقود التي أوردتها فقهاؤها المذكورة فيها على سبيل الحصر ، وإنه لا يسوغ إذن للمسلمين أن يبرموا غيرها .

ومن الممكن أن نجد لهذا الرأي دعامة فيما لجأ إليه الفقهاء ، في صدد كل



عقد ، من البحث عن أصل يستد إليه ويبرر شرعيته ، سواء أكان هذا الأصل نصاً في القرآن ، أو أثراً في سنة رسول الله ، أو إجماعاً ، أو عرفاً ، أو حتى مجرد فائدة للناس . فقلعه يحلو للبعض أن يستخلصوا من هذا السلوك أن العقود ، في شريعة المسلمين ، لا تتجاوز تلك التي أوردها فقهاؤهم الأقدمون ، وأنه لا يصح لنا الآن أن نلجأ إلى غيرها ، سيما أن نظرة الجُمُود والتمت التي لازالت غالبة على أذهان الكثيرين ، قد تجعلهم يقصرون الإجماع والعرف والمصلحة على ما وقع منها في صدر الإسلام ، دون ما عساه أن يقع منها الآن .

وثمة أمر ثان ، قد يرى فيه البعض دعامة أخرى للرأى القاتل بوردود العقود في الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر . ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى العقود التي يبيحها نظرة يغلب عليها الضيق ، الأمر الذي أدى بهم إلى أن يقصروا إباحتها على الحالات وفي الحلود التي كانت سائدة حين تقرير شرعيتها ، دون تلك التي تستجد بعدئذ<sup>(١)</sup> . كما أنه قد أدى بهم إلى حظر كثير من الشروط التي يتفق عليها العاقدان في عقودهم ، بحجة أنها ليست من مقتضياتها ولا من ملامعها<sup>(٢)</sup> . وإذا كان ذلك كذلك بالنسبة إلى العقود التي أوردها الفقه الإسلامي ، فرب قائل أن يزعم أن هذه النظرة الضيقة تملئ علينا ألا نبيح العقود التي لم يوردها .

ومع ذلك فنحن نرى أن العقود في ظل الشريعة الإسلامية غير واردة على سبيل الحصر . ومن ثم فيجوز تحت رحابها ممارسة أى عقد ، ولو لم يكن من العقود التي بينها فقهاؤها ، طالما كان فيه نفع للناس ، وبشرط واحد

(١) ومن ذلك ، مثلاً ، ما قال به بعض الفقهاء من أنه لا يصح تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، ولا تأجير الثياب لمجرد الزهو بها ، في حين أن الفقه الإسلامي أجاز عقد الإيجار عامة . وحجتهم أن عقد الإيجار ، باعتباره مخالفاً للأصل المأمور في الفقه الإسلامي الذي يقضى بعدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، لم يسمح به إلا استصناماً لمصلحة الناس . ومن ثم فهو لا يجوز إلا في حدود تلك المصلحة . وكان تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها مثلاً ، عدم لفائدة .

(٢) فهل سبيل المثال ، حظر بعض الفقهاء ، في عقد البيع ، اشتراط انقطاع البائع بالمبيع بعد تمام البيع . انظر شقيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .



هو ألا يكون مخالفاً لأصل أساسى من أصول الشرع الحنيف ، وبعبارة القانون المعاصر ، ألا يكون مخالفاً للنظام العام .

وسندنا فيما رأينا هو أنه لا يوجد فى الفقه الإسلامى ما يحظر ممارسة العقود التى لم ترد فيه . والقاعدة أنه ما ليس بمحظور فهو جائز .

ثم إن الأصل فى الشريعة الإسلامية هو ، كما يقول الرسول صلوات الله عليه : « المسلمون عند شروطهم » . ومؤدى ذلك أن كل مسلم يلتزم باحترام الشرط الذى يقطعه على نفسه <sup>(١)</sup> ، طالما كان غير مخالف للدين . وواضح أن الحديث هنا ورد مطلقاً عاماً ، فلا يسوغ قصره على مجال دون آخر ، أو على عقد دون آخر . فالمطلق يجرى على إطلاقه ، إذا لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة ( المادة ٦٤ من المحلة ) .

وفضلاً عن هذا وذاك ، نجد الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، يميز الالتجاء إلى عقود جديدة ، إذا درج عليها العرف ، أو حتى كان فيها مصلحة للناس . بل ذهب إلى أكثر من ذلك ، حيث أجاز عقوداً لا تتفق تماماً مع الأصول التى نادى هو نفسه بها . ومن ذلك إباحته عقد الإيجار ، برغم أنه يقوم على منفعة الشئ المؤجر للمستقبل ، وفى حين أن الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها لا تجيز التعامل فى الأشياء المستقبلية . بل إن الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، وصل ، فى سبيل التيسير على الناس وتحقيق منفعتهم ، إلى إباحة بيع السلم ، وهو بيع الشئ المستقبل بضمن يدفع حالا ، أو فى لغة الشرعيين ، هو بيع المؤجل بالمعجل ، فى حين أن هذا البيع ، إلى جانب كونه يرد على شئ مستقبل ، يقوم على شئ من الغرر ، والغرر أمر بفيض فى الإسلام .

فما سبق نخلص إلى أن العقود التى أوردتها الفقه الإسلامى ليست واردة فيه على سبيل المحصر ، ومن ثم يجوز ، فى ظل الشريعة الإسلامية الفراء ، مباشرة أى عقد آخر ، ليواجه ما يستجد عند الناس من حوائج وأمور ،

---

(١) راجع فى ذلك بعض النتائج تجزئة ص ٢٥٩ .



بشرط ألا يكون هذا العقد مخالفاً لأصل من أصول الدين الإسلامى ورفيع أخلاقياته . بل إنه ، قياساً على إباحة الفقه الإسلامى بعض العقود برغم أنها لا تنسق تماماً مع الاتجاهات التى ينادى بها ، كالإيجار وبيع السلم ، لانرى ثمة ما يمنع ، تحت ظله ، من إباحة العقود التى تقتضيها حاجات الناس ومصالحهم ، حتى لو كانت غير متمشية تماماً مع اتجاهات الفقه الإسلامى ، بشرط ألا تكون ، بطبيعة الحال ، مخالفة لأصل جوهرى . من أصول الشرع الحنيف . فالدين يسر لآعسر . ومارأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، كما قال الصحابى الكريم عبد الله بن مسعود . وعلى أية حال فالضرورات تبيح المحظورات .

ونريد بما قلنا أن نصل إلى القول بأننا لانرى ، مثلاً ، فى عقد التأمين ( وقد بلغت أهميته الآن إلى الحد الذى أصبح معه متعلزاً على أى مجتمع متحضر الاستغناء عنه ) عقداً محظوراً فى شرع المسلمين .



## الباب الأول

### قيام العقد

٣٩- لكي يقوم العقد ، يلزم أن تتوافر له أسس وجوده ، أى أركانه .  
وأركان العقد ، فى القانون المعاصر <sup>(١)</sup> عامة ، والقانون المدنى المصرى  
خاصة ، هى الرضاء والمحل والسبب <sup>(٢)</sup> ، وذلك إلى جانب الشكل ، فى

---

(١) وفى الفقه الإسلامى ، إذا صرفنا النظر عن التفريق بين ما يسمى فيه ركن العقد وشراطه ، حيث يكون أثر الإخلال فى الحالتين واحداً وهو البطلان ، وحيث يدخل ركن العقد وشراطه فيها يسمى « أصل العقد » ، نستطيع أن نرد أركان العقد إلى اثنين أساسيين : هما التراضى والمعقود عليه ، أو المحل ، كما يسمى فى الفقه المعاصر . أما السبب ، باعتباره ركنًا فى العقد ، فتجد المذاهب الإسلامية مختلفة بصدده .

(٢) محل أن تصوير العقد على اعتبار أنه يقوم ، كأصل عام ، على ثلاثة أركان ، هى الرضاء والمحل والسبب ، لم يخل من النقد . فقد اعترض عليه البعض بمقولة إن العقد لا يقوم إلا على ركن واحد ، هو الرضاء ، أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام ، وليس فى العقد الذى يولده ( انظر من يناصرون هذا الرأى : Colin et Capitant ج ٢ نبرة ٨٠ حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ج ١ نبرة ٧٢ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، نبرة ٣٧ ) واعتراض عليه البعض الآخر بمقولة إن الرضاء والسبب هما ركنان العقد ، أما المحل فهو ركن الالتزام ( انظر : السهوى ، الوسيط فى مصادر الالتزام ج ١ نبرة ٦٨ ) .

وإذا نظرنا إلى المحل ، باعتباره ، الأمر الذى يلتزم المدين بمعله أو بالامتناع عن عمله ، وجدناه يتمثل ، فى الحقيقة ، ركنًا فى الالتزام بصفة مباشرة . ومع ذلك فهو ليس فرياً عن العقد . بل إنه يعتبر أيضاً ركنًا فى العقد ، وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة . إذ أن المحل المباشر للعقد ، باعتباره مصدرًا للالتزامات ، هو ذات الالتزامات التى ينشأ . وهكذا فـا يعتبر محلاً مباشراً للالتزام يقع محلاً غير مباشر للعقد الذى يولده . ونتيجة ذلك أن عدم توافر الشروط القانونية فى محل الالتزام لا يؤدى إلى عدم قيام هذا الالتزام فحسب ، بل يؤدى أيضاً إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يرتبه ( المادة ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى ) . وإذا كان الأمر كذلك ، فهما الاجتبار الذى أدى منذ القدم إلى الخلط بين محل الالتزام ومحل العقد ، وساغ أن تتناول محل الالتزام ، باعتباره ركنًا فى العقد ، لا يقوم بغير توافره .

أما السبب ، فهو يعتبر ، فى الحقيقة ، ركنًا فى العقد ، أكثر من اعتباره ، ركنًا فى الالتزام الذى يتولد عنه . فالسبب ، بصفة عامة ، هو الغرض أو الغاية التى يقصدها المتعاقد من ارتضائه التحمل بالالتزام ، فهو شرط لقيام العقد . بل إننا لو أئمتنا للتفر ، لوجدناه شرطاً لازماً فى =



نوع خاص ضيق النطاق من العقود ، هي العقود الشكلية ، ودون إخلال بما عساه أن يتطلبه القانون أو حتى طبيعة الأمور ، في خصوص عقد معين ، من أركان أخرى تكوينية <sup>(١)</sup> .

وسوف نتناول ، فيما يلي ، أركان العقد ، كلا في فصل مستقل .

---

= الإرادة لكي يمتد بها القانون من حيث إنها تحمل صاحبها بالالتزام. فالقانون لا يمتد بالإرادة، من حيث إنها تؤدي إلى نشأة الالتزام ، إلا إذا استهدفت من وراء ذلك غاية مشروعة ، أي سبباً مشروعاً .

هكذا يبدو غير سليم النقد الذي وجه إلى الفكرة التقليدية التي سادت منذ عهد الرومان إلى الآن ، والتي تمالج المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد .

وعلى أية حال ، فليس لهذا النقد أية أهمية عملية . إذ أن الأمور التي تمس أيًا من المحل والسبب ، حتى لو اعتبرناها ركنين في الالتزام ، لا تتور إلا بصدد العقد ، ومعنى أدق التصرف القانوني بوجه عام . من أجل ذلك تنشئ مع الفكرة التقليدية التي ترسي العقد على أركان ثلاثة ، هي الرضا والمحل والسبب .

(١) الرضا والمحل والسبب ، إلى جانب الشكل في العقود الشكلية ، هي أركان العقد بوجه عام . وهذا لا يمنع من أن يتطلب القانون ، أو حتى طبيعة الأمور ذاتها ، في خصوص عقد معين ، أركاناً أخرى تكوينية . فالتأمين ، مثلاً ، ركن أساسي في عقد البيع ، لا يقوم بغيره ، وكذلك الشأن في الأجرة بالنسبة إلى عقد الإيجار . ومبدأ المساواة بين الشركاء ركن أساسي في عقد الشركة ، يعني أنه يلزم أن يساهم الشركاء في الربح وفي الخسارة ، ولا ينبغي أن يجرم أحد الشركاء من الربح ، كما أنه ينبغي ، كأصل عام ، ألا يعني أحد الشركاء من الخسارة ، ومقتضى الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء أن تقع الشركة بالملقة .



## الفصل الأول

### الرضا

٤٠ - العقد ، كما سبق أن بينا ، ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً له ، الأمر الذى يستلزم توافق إرادتى طرفيه . وهكذا فتوافق الإرادتين ، وهو ما يعبر عنه بالرضا أو التراضى ، هو قوام العقد وأساسه . فلا وجود للعقد ، إذا لم يتوافر الرضاء به ، وبعبارة أخرى يقع العقد باطلا .

يبد أن توافر الرضاء ، وإن مكن لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجرى صحيحاً سليماً ، وإلا اعتري الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح مهدداً بالزوال وبعبارة أخرى ، أصبح قابلاً للإبطال .

هكذا يوجد ، بصدد التراضى أو الرضاء ، أمران أساسيان ، يلزم التحرز من الخلط بينهما . وهذان الأمران هما :

- ١ - وجود الرضاء ، حيث إن تخلفه يؤدى إلى وقوع العقد باطلا .
- ٢ - صحة الرضاء ، حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال وتناول أولاً وجود الرضاء ، ثم نعقب بصحة الرضاء .

### المبحث الأول

#### وجود الرضاء

٤١ - الرضاء Consentement هو قوام العقد وأساسه . كما بينا فهو ركته الأصل الذى لا يقوم بغير توافره .

ويقصد بالرضا ، معناه العام ، اتجاه الإرادة إلى الأثر القانونى المطلوب . وفى هذا المعنى ، يقال إن البائع قد ارتضى البيع ، والمشتري قد ارتضى الشراء ، والموصى قد ارتضى الوصية . ولكنه بالنسبة إلى العقد ، يعنى



الرضا توافق لإرادتي طرفيه وارتباطهما على إحداث الأثر القانوني المقصود منه .

ولكن يقوم الرضا بالعقد ، لا بد أن توجد إرادة لشخص محدد ، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، وأن يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجي ، بالتعبير عنها ، وأن تتطابق وترتبط مع إرادة أخرى ، معبراً عنها بدورها . وهكذا يلزمنا ، ونحن بصدد الكلام في توافر الرضا بالعقد ، أن نتكلم في وجود الإرادة عند كل من العاقلين ، ثم في التعبير عنها ، ثم في توافقها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر . وحيث إنه يحصل في بعض الأحيان أن يقوم شخص بإبرام العقد باسم آخر ولحسابه بصفته نائباً عنه ، نحتم أن نقع بنظرية النيابة . وبعد كل ما سبق نختم موضوعنا بتناول بعض صور خاصة في التعاقد .

## المطلب الأول

### الإرادة

٤٢- يجب ، بادئ ذي بدء ، لكي يتوافر الرضا بالعقد ، أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه . فالإرادة هي أساس العقد والتصرف القانوني بوجه أعم . فإذا لم تكن الإرادة متوافرة في كل من طرفي العقد ، أو حتى في أحدهما ، ما أمكن للعقد أن يقوم .

ويقصد بالإرادة *Volonté* أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده ، بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذي يجريه ، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه ، وأن يقصد ذلك كله <sup>(١)</sup> . فإذا انعدمت الإرادة في أحد العاقلين عند إبرام العقد ، ما قام رضاه ،

(١) انظر تقض ٨ مارس سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عرج ١ رقم ١٦٩ ص ٣١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن المقصود بالرضا الصحيح في التصرف هو أن يكون مميّزاً ، يفل من التصرف ويقصده . والفرض من كونه مميّزاً يفل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والالتزامات فيه . أما كونه يقصده ، فالفرض منه بيان أنه لا بد من إرادة حقة منه ، لقيام الالتزام الذي يحصل به . وخُصصت المحكمة من ذلك إلى تقرير بطلان سند يدين وفاة شخص لسلّم زوجته ، حالة كونه نصيباً بحالة مزعومة أثبتت به إلى أن دفعته إلى الانتحار .



وبالتالى بطل العقد . ولايهم بعد ذلك السبب الذى أدى إلى انعدام الإرادة . كما أنه لأهمية لما إذا كان هذا الانعدام دائماً أو مؤقتاً ، مادام قد لحق بالعاقبة عند إبرام العقد . ومثال الشخص الذى تتعلم عنده الإرادة الصغير فاقد الإدراك والتمييز . ومثاله أيضاً مضطرب العقل لجنونه أو عته<sup>(١)</sup> ، حتى لو كان اضطرابه هذا عرضياً مؤقتاً ، مادام قد أدى بالفعل إلى فقدته الإدراك ، وكان هذا الفقد فى الإدراك قائماً لديه عند إبرام العقد . ومثال عديم الإرادة كذلك من فقد وعيه بسبب المرض أو الشيخوخة<sup>(٢)</sup> أو السكر أو الغيبوبة أو التويم المغناطيسى أو الإبحاء . ومثاله ، فى النهاية ، من أكره مادياً على إبرام العقد ، كما إذا أمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على سند .

٤٣ - يبين مما سبق أنه يلزم ، لكى يتوافر الرضاء ، أن توجد الإرادة ، بيد أن مجرد وجود الإرادة لا يكتفى . وإنما يلزم أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى ، بمعنى أن يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين ، على سبيل الجبر والإلزام الذى تكفله السلطة العامة ، وليس على أساس مجرد المحاملة أو التأدب أو التودد أو الإنسانية . وهذا ما عر عنه الرومان بنية إبرام الصفقة (١) راجع ما سوف نذكره فى خصوص حكم تصرفات المجنون والمتهو قبل الحجر عليه وبمعه ، نبذة ....

(٢) انظر نقص ٩ ديسمبر ١٩٥٤ ط ٣١٣ / ٢١ ق مجموعة النقض من ٦ ص ٢٥٧ قاعدة ٣٣ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تقدم به المبر وأناخ عليه المرض وضعت من الإرادة ، فسد بعض أولاده إلى التسلط عليه وجعلوه يجرى بعض التصرفات فى أمواله إضراراً بباقي أولاده وزوجتيه ، الأمر الذى أدى برفغ دعوى الحجر عليه لته ، ولكنه مات قبل صدور قرار الحجر . رفع الورثة الذين صدرت التصرفات إضراراً بهم دعوى طالبوا فيها ببطالن تلك التصرفات ، تأسيساً على ضعف الإرادة عند المتصرف وقت إجرائها . قضت محكمة الموضوع بإجابة طلبهم ، وباركت المحكمة العليا هذا القضاء . وجاء فى حكمها : « إذا كان الواقع فى الدعوى أنه قدم طلب . . . بتوقيع الحجر على شخص لته وضعف الإرادة وفقدان الأهلية ، ولم يصدر المجلس الحسمى ( وهو الهيئة التى كانت تتولى الحكم فى مسائل الأهلية والولاية على المال بدلاً من محكمة الأحوال الشخصية الآن ) قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب ، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة من إلى بقية الورثة ، وكان الحكم إذ قضى ببطالن هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السائلة التى أوردتها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالمعقود الصادرة من ، وهو ما جعله أساساً لبطالنها ، فإن التمس على الحكم بمخالفة للقانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس . »



*animus negotii contrahendi* <sup>(١)</sup> . فلا عبيرة قانوناً بالإرادة إذا قصدت مجرد التفتي مع مقتضيات الشهامة والجمالة وحسن الأخلاق فحسب ، كما إذا دعا شخص آخر إلى أن يتناول عنده الطعام ، أو دعه ليركب معه في سيارته ليوصله إلى داره بالهجان <sup>(٢)</sup> . فالاتفاق الذي يتم في مثل هذه الحالة لا يعتبر عقداً قانونياً ، ولا يتولد عنه بالتالي أي أثر قانوني ، وإن أمكن اعتباره اتفاقاً أدبياً ، أو اتفاق شرف <sup>(٣)</sup> تتواجد عنه واجبات أخلاقية أو أدبية فحسب .

ثم يلزم أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، جادة غير هازلة . فلا عبيرة بلادة الهازل ، كما إذا ذهبت لشترى شيئاً ، ولما أفصح للبائع أنه يبالغ في الثمن الذي يطلبه عنه ، قال لك : « خذ بهدون مقابل » . فالبائع هنا ، في عرضه إعطائك الشيء بلا ثمن ، هازل غير جاد ، فلا يعتد قانوناً بعرضه هذا .

ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التي تحيى معلقة على محض المشيئة من صاحبها ، كما إذا قال شخص لآخر : « أبيعك متراً حينما يحلو لي

(١) راجع : Josseland ، في تعليقه على حكم التقض الفرنسية - مراكش - ١٩ مارس ١٩٢٧ ، D. P. ، ١-١٢٧ .

(٢) وقد استخلص الفقه والقضاء ، من أن النقل بالهجان لا يعتبر عقداً ، عدم قيام المسؤولية العقدية على الناقل ، إذا ما وقعت ، أثناء النقل ، حادثة ألحقت الضرر بالمنقول ، تاركين إياه يقع بالمسؤولية التقصيرية ، وبذلك يحرم المنقول بالهجان من الإفادة من فكرة الالتزام بالسلامة obligation de securité الواقع على عاتق الناقل ، في عقد النقل بمقابل ، أو في عقد النقل بلا ثمن ولا تخصيص . إذ أن عقد النقل لا يكون إلا بمقابل ( راجع Josseland في مؤلفه Les Transports ، نبذة ١٠٣ ، حيث يقول إن الثمن عنصر أساسي في تكوين عقد النقل ، لا تقل أهميته عن البضاعة المنقولة ذاتها ) . ولم يكتف الفقه والقضاء ، في حالة المنقول بالهجان ، برفض المسؤولية العقدية تأسيساً على انقضاء عقد النقل ، بل ذهب إلى رفضها ، احتجاً بأنه لا يوجد عقد على الإطلاق ، رافضين بذلك فكرة نادت بقيام عقد غير مسمى من عقود التبرع . انظر في ذلك : -

Leservoisier. la responsabilité civile resultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais.

(٣) ويطلق في اللغة الإنجليزية على مثل هذا الاتفاق اصطلاح gentleman agreement .



أو عندما أريد . فالإرادة هنا تعتبر غير موجودة أصلاً ، لأن الإرادة عند الإرادة مؤداها حالاً انتفاء الإرادة ، ومن ثم لا يقوم العقد ، لا باعتباره باتاً ، ولا حتى باعتباره معلقاً على شرط واقف ( المادة ٢٦٧ ) .

ويلزم لذلك أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، حقيقية ، بأن تبغية في واقع الأمر ، وليست صورية ، بمعنى أن تظهر على نحو يدل على أنها تبغية لإحداث الأثر القانوني ، حالة كونها لا تبغية في الحقيقة . فالإرادة الصورية ، أي تلك التي لا وجود لها في حقيقة الواقع ، لا تنشئ عقداً ، وإن أمكن لها أن تتيح لبعض الأشخاص أن يعتدوا بقيام العقد الذي صورته على خلاف الواقع ، تأسيساً على فكرة أن المظهر الخادع الذي خلفته يحسم المذوع ، وليس تأسيساً على مجرد قيام العقد ( راجع المادة ٢٤٤ ) .

#### ٤٤ - إثبات توافر الإرادة :

لم يعرض المشرع المصري ، شأنه في ذلك شأن غيره من مشرعي الأغلبية العظمى من البلاد <sup>(١)</sup> ، لأمر إثبات توافر الإرادة لدى الشخص . ومؤدى القواعد العامة في الإثبات أن الأصل هو افتراض توافر الإرادة ، وعلى من يدعى عدم توافرها لدى شخص معين أن يقيم الدليل على انتفاءها . ذلك لأن الغالب لدى الناس تمتعهم بالإرادة . فهو من ثم الأمر الظاهر بينهم . والقاعدة أن على من يدعى خلاف الظاهر أن يثبت ما يدعيه .

وإذا كان الأصل هو افتراض توافر الإرادة لدى الشخص ، فإنه يستثنى من هذا الأصل الحالة التي يقرر فيها القانون نفسه انعدام الأهلية . إذ أن انعدام الأهلية يعني بالضرورة انعدام الإرادة ، تأسيساً على أن الأهلية

---

(١) وقد سار القانون المدني الكويتي على نهج مخالف ، إذ أنه عرض لأمر إثبات توافر الإرادة وقتته على المتجوز الذي يتوافق مع ما تقضى به القواعد العامة ، وهو في ذلك يقول : « في المادة ٢/٢٣ منه بأنه : « ويفترض توافر الإرادة عند إبرام التصرف ، ما لم يثبت العكس أو يقض القانون بغيره » .



تلتزم مع الإرادة كاملاً. وعندما نقصاناً<sup>(١)</sup> . وانعدام الأهلية ، وبالتالي انعدام الإرادة ، نجده في الصبي غير المميز (المادة ١١٠) وفي الجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، وحتى قبل ذلك إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة ١١٤) وتوافر الإرادة من علمه لدى الشخص مسألة من مسائل الواقع ، يترخص قاضي الموضوع في تقديره بغير معقب عليه في ذلك من محكمة النقض ، وذلك مع استثناء الحالات التي يكون من شأن القانون فيها أن يقرر انعدام الأهلية وبالتالي انعدام الإرادة ، حيث يخضع قاضي الموضوع ، في خصوص تلك الحالات ، لرقابة المحكمة العليا .

### المطلب الثاني

#### التعبير عن الإرادة

٤٥- رأينا أنه يلزم ، لتوافر الرضاء أو التراضي بالعقد ، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه ، بشرط أن تكون في ذلك جادة غير هازلة ، وحقيقية وليست صورية . ولاشك أن الإرادة هي أساس الرضاء وقوامه . بيد أن القانون لا يهتم بها طالما بقيت في مكنتها تخاليج من صاحبها النفس والنية والضمير . فهي ، على حالها هذه ، مجرد إحساس أو شعور . والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ، مادامت باقية في حيز النفس ، لا تخرج منها إلى العالم الخارجي<sup>(٢)</sup> .

فلا بد إذن ، لكي يتوافر الرضاء بأمر ما ، أن تخرج الإرادة التي قصدته من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس . ويتم ذلك بالإفصاح أو التعبير عنها . من أجل ذلك نجد المادة ٨٩ تنص بأنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك

(١) راجع مولفنا نظرية الحق ، فقرة ٦١ .

(٢) انظر مولفنا : نظرية القانون ، فقرة ٣ مكرر .



من أوضاع معينة لانبغاد العقد ، فهذا النص لا يقول إن العقد يتم بمجرد توافق الإرادتين ، ولكنه حرص على أن يذكر أن العقد يتم عند تبادل التعبير عن هاتين الإرادتين المتوافقتين<sup>(١)</sup> . وفي مطلب التعبير عن الإرادة يتفق القانون المصري خاصة والقانون المعاصر عامة مع الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup> .

هكذا نخلص إلى أن الرضاء بالعقد يقوم على توافق إرادتين ، بعد أن يتم التعبير عن كل منهما . أما إذا توافقت إرادتان ، حالة كونهما كامنيتين في حيز النفس ، أى دون أن يحصل التعبير عنهما ، كما إذا اقتصر الأمر عند شخصين ، على أن راودت أحدهما نفسه أن يبيع للآخر منزله بشمن معلوم ، وراودت الآخر نفسه بأن يشتري ذلك المنزل بنفس الثمن ، فلا يعتبر ذلك رضاء يقوم العقد على أساسه<sup>(٣)</sup> . من هنا تبرز أهمية التعبير عن الإرادة .

#### ٤٦ - كيف يحصل التعبير عن الإرادة :

رأينا أن القانون لا يهتم بالإرادة ، باعتبارها مكونة للرضاء ، إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا الآن أن نحدد كيفية حصول هذا التعبير .

والقاعدة أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة . فلشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذى يحلو له . وما ذلك إلا مجرد تطبيق لمبدأ رضائية

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٣٥ من المشروع النهيلى التى أصبحت بنسبها تقريراً المادة ٨٩ من القانون ما يأتى : « قطع المشروع بإبشار منهج الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانغاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩ ) .  
(٢) وفي ذلك يقول ابن تيمية ، في مختصر الفتاوى الهندية ( ص ٤٤٧ ) « إذا نوى ( رجل ) طلاق زوجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق ، باتفاق العلماء » .

(٣) وإذا كان الرضاء لا يقوم بغير الإرادة ، ولا تتوافر الإرادة في المتصادق ، إلا إذا وحي وتدبر أمر المتصادق الذى هو قادم عليه ، وانتهى إلى أن يقصده ، وإذا كان توافق الإرادة وحده لا يكتفى ، وإنما يلزم أن تخرج إلى العالم الخارجى الملموس ، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها ؛ إذا كان ذلك كله ، فإنه يمكن أن يقال إن الإرادة ، التى يستد بها القانون في إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام ، تمر بمراحل ثلاث : التدبير والتقرير والتعبير . والمرحلتان الأولىان نفسيتان . أما الثالثة فتأخذ مظهراً مادياً .



العقود ، الذى يقضى بأن العقد يقوم بمجرد توافق الرضاء به ، دون ماضروزة  
لجئ التعبير عن الإرادة فى شكل أو فى آخر . ولا يستثنى من قاعدة حصول  
التعبير عن الإرادة بأى شكل أو طريقة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها  
القانون شكلا خاصا لقيام العقد ، كما هى الحال بالنسبة للهبة والرهن الرسمى ؛  
إذ يتحتم هنا أن يجئ التعبير عن الإرادة فى الشكل الذى رسمه القانون .

هكذا يبين أنه وفقاً للقاعدة العامة ، يسوغ أن يحصل التعبير عن الإرادة  
دون تعيد بطريقة معينة أو بشكل خاص . وفى ذلك تقضى المادة ٩٠ / ١ بأنه  
« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ،  
كما يكون بالتخاذ موقف لاندع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة  
المقصود » .

فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ ، كما هو الغالب عملاً ،  
كما إنه يسوغ أن يقع بالكتابة ، سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أم مكتوبة  
على الآلة الكاتبة ، وسواء أ جاءت فى سند أم فى رسالة ، وسواء أكان العقد  
عرفياً أم رسمياً . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة  
ولو من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفاً تداولاً لا يثير شكاً فى حقيقة  
مدلولها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول ، وكهزها أفقياً أو هز  
الكفين دلالة على الرفض . ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية  
الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام ، كما إذا أعطيت خمسة قروش  
لبائع الصحف فتناولك الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت  
اسم « تعاقد المعاوضة » . كما أن التعبير عن الإرادة قد يحصل فى النهاية ، بالتخاذ  
موقف معين لاندع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ،  
كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقاً عليها الثمن ، وكما إذا وقفت  
سيارة الأجرة فى انتظار من يريد لها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة لودى  
للجمهور تلقائياً خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كالألات التى تقدم فى بعض



البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية (١).

## ٤٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

وأينا أن التعبير عن الإرادة لا يقتيد ، كتقاعدة عامة ، بطريقة معينة أو بشكل خاص . فسواء أن يحى باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بالمبالغة

(١) وفي هذا كله ، يتفق الفقه الإسلامى فى مجموعة مع القانون المعاصر عامة والقانون المصرى خاصة ، مع خلاف بسيط فى المذاهب . ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القانون المعاصر فى هذا المجال ، هو المذهب المالكى . فالمالكية يميزون التعبير عن الإرادة باللفظ الذى يدل عليها عرفاً ، حتى ولو لم يدل عليها لغة ، ودون تقييد فى ذلك بصيغة الماضى أو المضارع أو الأمر . كما أنهم يميزون التماقيد بالكتابة والإشارة والمعاطة . وهم لا يقتيدون بالإشارة بأن تكون من الأخرس ، مستثنين فى ذلك إلى قوله تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، اعتباراً بأن المقصود بالرمز هو الإشارة . ويقرب المذهب الحنبلى من المذهب المالكى فى التوسع فى طريقة التعبير عن الإرادة . أما المذهب الحنفى ، فهو وإن كان كتابياً متحرراً بدوره بالنسبة إلى طريقة التعبير عن الإرادة ، إلا أنه يقلق منهما بعض الشيء . فهو ، وإن أجاز التعبير عن الإرادة بالمشاهدة والإشارة والكتابة والمعاطة ، إلا أنه ، من ناحية أولى ، يقتيد اللفظ بوجوب وروده على صيغة الماضى أو المضارع ، دون صيغة الأمر كأصل عام . ومن ناحية ثانية ، هو لا يميز التعبير عن الإرادة بالإشارة إلا العاجز عن التعبير بشيها ، أما القادر على التعبير بشيها الإشارة ، فلا تنفع منه إشارته ، بل عليه أن يعبر بما يستطيعه ما هو أقوى منها فى الدلالة ، لفظاً مطلقاً أو كتابة ( راجع : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، طعة ٣ بنه ٤٨١ و ٤٨٢ والمراجع الذى يشير إليها ) . أما المذهب الشافعى ، فهو يعمل على التشدد والتضييق . إذ أنه لا يميز التماقيد بالكتابة ولا بالمعاطة ، كما أنه لا يميز التماقيد بالإشارة إلا للأخرس .

ويلاحظ أن كثرة من فقهاء المسلمين ، لاسيما فقهاء المالكية والحنبالية والشافعية ، بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، يعضون الزواج بحكم متين عن غيره من العقود ، نظراً لجلاله وخطره ولما فيه من معنى العبادة المولى عز شأنه . فهم يشترطون ، فى صده ، أن تكون الألفاظ المستتلة للدلالة على إرادته مشتقة من ماذق فكح وزوج ، إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يلهون إليه ، بأن هذين اللفظين وردا فى القرآن ، فلهذا من التزامهما ، اقتضاء به ، وذلك إذ يقول تعالى فى سورة النساء : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف » ، كما يقول فى سورة الأحزاب : « فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكمها » . والأحناف يخالفون هنا فقهاء المالكية والشافعية والحنبالية . ويميزون التعبير عن الإرادة فى الزواج بأى لفظ ، دون التقييد بلفظ الزواج أو النكاح ، ما دام هو يدل على التملك فى الحال ، وبشرط فهم الشهود بالمقصود ( انظر : محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ) .



الفعلية أو التعاطي ، أم بالتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود بغير شك أو غموض . وأياً ماكان السبيل الذي يتخذهُ التعبير عن الإرادة ، فإنه لايلزم ، كقاعدة عامة ، أن يكون هذا التعبير صريحاً ، بل يصح أن يجيء ضمناً . وفي هذا تقضى المادة ٢/٩٠ بأنه : « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، إذا اتخذ صاحبه سبيلاً يدل على إرادته بطريق مباشر ، من غير حاجة إلى إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي . ومثال ذلك أن أقول لك ، لفظاً أم كتابة ، إنني أرغب في أن أبيعك متراً بثمان معين . ففي هذا القول ، تعبير صريح عن الإرادة . لأنه يدل بطريق مباشر على رغبتى في البيع ، دون حاجة لاستخلاص هذا المعنى عن طريق الاستنتاج من أمور أخرى . ومثال التعبير الصريح أيضاً أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه شيئاً بثمان محدد ، ثم يسأله عما إذا كان يقبل شراؤه ، بهذا الثمن فيومئ هذا برأسه دلالة على القبول . فلإشارة الرأس هنا تعبير صريح عن الإرادة ، لأنها تدل على رغبة صاحبا في الشراء بطريق مباشر . ومثال التعبير الصريح عن الإرادة ، في النهاية ، وقوف سيارة الأجرة في انتظار راكب يستأجرها . فهذا الموقف من سائق السيارة يدل بطريق مباشر على رغبته في أن ينقل من يريد بالثمان المعلوم .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا كان السبيل الذي يلجأ الشخص إليه لا يدل على الإرادة بطريق مباشر ، ولم يتبع به ذلك بصفة أساسية ، وإنما هو يدل عليها بطريق غير مباشر ، وبعد إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي<sup>(١)</sup> .

---

(١) وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد لتفسير النص من الإرادة والتفريق بين التعبير الصريح ، وذلك في تعليقها على الفقرة الثانية من المادة ١٢٤هـ ، التي أصبحت بذات نصها الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدني . وهي ، في هذا الخصوص ، تقول إنه : « أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ ، فقد أخذت من المادة ١٠٧٩ من القانون البرازيلي . وهي تتناول مسألة التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة . وهذه التفرقة ليست =



ومثال ذلك أن يقتازع الدائن والمدين على وجود الدين ، ثم يأتي المدين فيطلب أجلاً لوفائه ، أو يقدم تأمناً لضمانه ؛ ففي ذلك من المدين اعتراف ضمني بالدين . ومثال ذلك أيضاً أن تنتهي مدة الإيجار ، ومع ذلك يبق المستأجر مستظماً بالعين ، يعلم المؤجر وبغير اعتراض منه ، فيتجدد الإيجار تجديدًا ضمنيًا ، بنفس شروط الإيجار المنقضي ، ولكن للمدة المحددة لدفع الأجرة (١) (المادة ٥٩٩ / ١ مدني) .

= مجردة من الأهمية العملية، فقد يستلزم القانون أحياناً، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم في بعض الفروض ، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانوني الذي يراد عقده . وبين مختلف المعايير التي تداولها الفقه في هذا الصدد ، يوجد مياران ، هما أكثر هذه المعايير ظهوراً : أولهما يحكم إلى فكرة المألوف وغير المألوف في أسلوب التعبير أو طريقته . ويرى أصحاب هذا الميار أن التعبير يكون صريحاً ، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة ، ويكون على التقيض من ذلك ضمنياً ، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التي ألف الناس استعمالها في هذا الشأن ، بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير في الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما الميار الثاني فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحاً أو ضمنياً ، تبعاً لما إذا كان مباشراً أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العمل بين هذين المعيارين ضئيل ، إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، في الغالب ، بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء ، فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، تاركاً أمر البحث عن الميار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن الحق أن اتخاذ موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتماً أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك في بعض الفروض ، ما قد يعتبر أسلوباً مباشراً مألوفاً في الإفصاح عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحاً . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤ .

(١) فلهذه الحالة ، يقوم إيجار جديد على انقضاء الإيجار القديم المنقضي ، وإن كان يتفق معه في كل شروط باستثناء المدة . والإيجار الجديد يقوم على إرادة ضمنية مزدوجة ، من المؤجر والمستأجر كليهما . فالمستأجر يبقائه متفقاً بالعين بعد انتهاء الإيجار الأصلي ، يرض ضمناً إرادته بإبرام الإيجار الجديد . والمؤجر بدوره ، يعلمه بما فعله المستأجر وعدم اعتراضه عليه ، يقبل ضمناً مرض هذا الأخير . فيقوم الإيجار الجديد (راجع مؤلفنا عقداً لإيجار بقعة ٣٠-٣٠٣) . ومن أبرز حالات التعبير الضمني التي تقوم المقود عليه كذلك حالة التجديد الضمني لمقد العمل . فإذا أبرم عقد العمل لمدة محددة ، وانتهت ، ومع ذلك استمر العامل وصاحب العمل في تشغيله للالتزامات التي يرتبها العقد عليهما ، لفرض المقعد متجديداً بنفس شروط المقعد القديم التي انقضى . ولكن لمدة غير محددة ( المادة ٧٢ من قانون العمل الصادر برقم ١٣٧ / ١٩٨٢ ) . انظر في التجديد الضمني لمقد العمل ، مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ، بقعة ٣٣٩ .



يظهر مما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً ، وقد يحى ضمناً . والقاعدة أن هذين النوعين من التعبير عن الإرادة يقعان صالحين ، بمعنى أنه يعتد بالإرادة سواء أعبّر عنها صراحة أم ضمناً . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التي ينص فيها القانون أو الاتفاق على ضرورة حصول التعبير الصريح .

#### ٤٨ - هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

نارالجدل حول ماإذا كان السكوت (١) ، يصلح تعبيراً عن الإرادة ، أو لا يصلح . ومفتاح هذه المسألة هو في تبين ماإذا كان سكوت الشخص يعتبر موقفاً من شأنه أن يدل على حقيقة مقصوده بغير شك أو غموض ، أم لا . فإن كان الجواب بنعم ، صح السكوت تعبيراً عن الإرادة ، وإن كان بلا ، ما صلح لذلك .

وإذا طبقنا هذا المعيار ، وجدنا أن السكوت لا يصلح بالضرورة تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب بالعقد . فالعقد يرم ، كما سنبينه بعد قليل ، على مرحلتين أساسيتين ، هما الإيجاب والقبول . ويقصد بالإيجاب العرض

(١) ويجب عدم الخلط بين السكوت والتعير الضمني عن الإرادة . فالسكوت والتعير الضمني عن الإرادة ، وإن اتفقا معاً في وجوب إعمال الاستنتاج المنطقي للوصول إلى حقيقة التصعد ، فإنهما يختلفان في طبيعتهما . إذ أن التعبير الضمني يقوم على وضع إيجابي يصدر من المتعبد ، وإن لم يدل على إرادته بطريق مباشر . أما السكوت ، فهو مجرد صمت عن الرد . فهو إذن وضع سلبي ، وإن أمكن في بعض الأحيان أن يستدل منه على الإرادة . وإذا كان التعبير الضمني عن الإرادة يصلح للإيجاب والقبول ، فإن السكوت لا يصلح إلا لقبول ، بل هو لا يصلح لقبول ، إلا إذا لابتة ظروف خاصة من شأنها أن تنم دلالته عليه ، على نحو ما سوف نبينه في المن يد قليل . انظر ، في خصوص التفريق بين السكوت والتعير الضمني عن الإرادة ، المذكرة الإيضاحية لمادة ١٤٢ من المشروع النهائي ، التي أصبحت المادة ٩٨ من القانون المدني بعد إجراء بعض التعير في الصياغة . وقد جاءت في مستهلها تقول : ١٥ - ينهى للتفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعير الضمني وضع إيجابي ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي . وقد يكون التعبير الضمني ، بحسب الأحوال ، إيجابياً أو قبولاً ، أما السكوت فمن المبتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعبر به قبولاً . ( مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢ ص ٥٧ ) .



اللى يتقدم به مبادأة أحد العاقدين للآخر ، تاركاً له أمر قبوله أو رفضه . وهو ، بهذه المثابة ، يجب أن يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها وشروطها الأساسية . والسكوت ، بطبيعة الحال ، لا يصلح وسيلة لهذا البيان . وهكذا نصل إلى أن السكوت ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، بالنسبة إلى الإيجاب (١) .

ولكن إذا كان السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب فهل يصلح تعبيراً عنها بالنسبة إلى القبول ؟

ثار هذا التساؤل في حالات عملية كثيرة . ومن هذه الحالات ، لإرسال صاحب صحيفة جديدة أعدادها لأحد الأفراد ، عارضاً عليه بذلك الاشتراك فيها لمدة معلومة . فإن سكت المرسل إليه عن رد تلك الأعداد ، فهل يعتبر سكوته هذا تعبيراً عن إرادته بقبول الاشتراك ؟ وحصل أيضاً أن أرسل أحد البنوك لعميل من عملائه خطاباً ينبئ فيه أنه قيد اسمه في قائمة المكتتبين في مشروع معين بعدد من الأسهم ، وأنه احتسب قيمة هذه الأسهم في حسابه الجاري ، وسكت العميل ، فلم يرد على البنك قبولاً أو رفضاً ، فهل يعتبر سكوته هذا قبولاً للاكتتاب ؟ وإذا أرسل تاجر لأحد زبائنه عينة من بضاعة ذاكر أنه أن عدم ردها يعتبر منه قبولاً لشراء كمية منها ، فهل يقع السكوت من العميل هنا بمثابة القبول ؟

وحكم هذا الموضوع أن السكوت بذاته ومجردة ، أى السكوت الذى لا يترن بظروف من شأنها أن تدعم دلالاته ، وبعبارة أخرى ، السكوت البسيط ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . وعلة هذا الحكم أن السكوت بمجرد ذاته لا يمكن أن يقطع في دلالاته على شيء ، أو أنه ، كما تقول القاعدة الشرعية ، لا ينسب لساكث قول (٢) ، في حين

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١٤٢ منه ، بعد أن أبرزت أن التعبير الضمني عن الإرادة يصلح لأن يكون إيجاباً أو قبولاً ، استطردت تقول : « أما السكوت فمن المنتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز ، في بعض فروع استثنائية ، أن يصير قبولاً (بجملة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٩٨) » .  
(٢) وقد قسمت المحلة هذه القاعدة في المادة ٦٧ منها .



أن الموقف الذي يتخله الشخص لا يصلح تعبيراً عن إرادته ، إلا إذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً في دلالة على حقيقة مقصودة ( المادة ٩٠ / ١ ) .

وتطبيقاً لهذه الفكرة ، حكم بأن سكوت الشخص الذي أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها ، بقية اشتراكه فيها ، عن ردها وعن إبداء رأيه في قبول هذا الاشتراك أو رفضه ، لا يعتبر منه قبولاً أيّاه ، حتى لو كان صاحب الصحيفة قد أخطره بأن عدم رده الأعداد يقع منه بمثابة قبوله الاشتراك (١) . وحكم أيضاً بأن سكوت العميل الذي أرسل إليه البنك خطاباً يفننه فيه أنه اكتتب باسمه في مشروع معين بعدد من الأسهم لا يعتبر قبولاً منه لهذا الاكتتاب ، حتى لو كان البنك قد أخطره بأن سكوته يقع منه بمثابة القبول (٢) . وحكم كذلك بأن سكوت الشخص الذي يرسل إليه تاجر معلوم عينة من بضاعة لا يعتبر قبولاً لشرائه كمية منها ، حتى لو كان التاجر قد أخطره بأن عدم رد العينة يحمل منه على هذا المحمل (٣) و (٤) .

هكذا نصل إلى أن السكوت البسيط المجرد لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى نوع آخر من السكوت هو ذاك الذي يقترن بظروف من شأنها أن تقوى وتدعم دلالة على الرضاء .

(١) نظر محكمة Seine الفرنسية ١٩٨٣/٤/١٩ ، مشار إليه في Planiol et Ripert ح ٦ ص ١١٧ هامش ٣ .

(٢) أنظر نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ ، سيرى ١٩٤٤ - ١ - ٣١ ، نقض فرنسي ١٥ يولييه سنة ١٩٣١ ، جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٥ .

(٣) انظر استئناف Montpellier ٢٢ يولييه ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٢٩٦ وتعليق Valéry .

(٤) وإذا كان من المسلم أن السكوت في كل الأمثلة السابقة لا يقع بمثابة القبول ، فقد تراعى البعض أنه يعتبر عملاً خاطئاً ، من شأنه أن يلزم صاحبه بالتعويض . وقد استهدف من هذه الفكرة الجديدة اعتبار الصفقة المعروضة قائمة على أساس آخر غير إبرام العقد ، وهو أساس التعويض عن المل غير المشروع ، اعتباراً بأن القاض قد يجد في إقامة تلك الصفقة تعويضاً عينياً مناسباً . بيد أن هذه الفكرة لم تسد . لأنه لا يمكن اعتبار المرسل إليه مقصراً لمجرد أنه لم يرد على عرض وصل إليه ، وإلا وقع الناس في العنت والحرج ، وذلك طبعاً ما لم يتواجد من ظروف الحال ما يفرض علم المصير .



وهذا هو ما يطلق عليه السكوت الملايس *Silence circonstancié* باعتبار أن هناك ظروفاً تلايسه ، من شأنها أن تبرز أثره في الدلالة والبيان ، والسكوت الملايس أو السكوت الموصوف ، كما أطلقت عليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في تعليقه على المادة ١٤٢ منه التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون ، يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول .

ولكن متى يعتبر السكوت ملايساً أو موصوفاً ، حتى يصلح تعبيراً عن القبول ؟ اتخذت المادة ٩٨ في ذلك معياراً مرئياً . وقوام هذا المعيار هو ما إذا كان من شأن طبيعة المعاملة والعرف التجارى وغير ذلك من الظروف أن تجعل الموجب يتوقع من وجهه إليه إيجابه تصريحاً بالقبول من علمه . فإن كان الأمر الأول ، فإن السكوت لا يقع بمثابة القبول ، حيث إن المفروض أن رضا من وجهه إليه الإيجاب يقتضى منه التصريح به . وإن كان الأمر الثانى ، أى إذا كان من شأن الأمور التى بينها أن تجعل الموجب لا يتوقع ، من وجهه إليه إيجابه ، تصريحاً بقبوله ، فإن سكوت هذا الأخير يقع بمثابة قبوله ، بشرط أن يستمر فترة معقولة ، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع . وفى هذا تقضى المادة ٩٨ / ١ بأنه : « ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن المقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

وإذا طبقنا هذا المعيار على الأمثلة التى سبق سردها ، وجدنا أنه لم يكن من شأن الظروف التى اكتنفها أن تجعل الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول من وجهه إليه إيجابه ، إذا كان حقيقة ينتفيه . فصاحب الصحيفة مثلاً ، والقرض أنه لم يسبق له تعامل مماثل مع من أرسل إليه أعدادها ، لم يكن له من الظروف الملايس ما يبرر عدم توقعه تصريحاً بقبول الاشتراك من أرسل إليه صحيفته ، إذا كان حقيقة يرتضيه ، بل على النقيض من ذلك تملى عليه تلك الظروف أن يتوقع هذا التصريح بالقبول ، من أجل ذلك فإن السكوت هنا لا يعتبر قبولاً . ولكن يتغير الوضع ، فى هذا المثال ، لو أن صاحب الصحيفة قد سبق له أن أصدر عدة صحف ، وجرت العادة بينه وبين شخص معين على



أن يرسل إليه أعداد كل صحيفة يصنورها ، فإن حازت قبوله وأراد الاشتراك فيها سكوت ، وإن رفضها ردها ، في مثل هذه الحالة ، نجد أن طبيعة المعاملة غير لصاحب الصحيفة ألا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله ، إذا كان راعياً في الاشتراك فيها ، ومن ثم فإن سكوت هذا العميل عن رد أعداد الصحيفة يحمل منه حمل القبول . فالظروف هنا تحل على العميل أن يرد أعداد الصحيفة في وقت مناسب ، إذا كان راعياً عن الاشتراك فيها ، أما ولم يفعل ، فإنه يعتبر ، بسكوته هذا ، قد عبر عن إرادته بالقبول .

وقد طبق المشرع نفسه المعيار الذي حددناه ، وذلك في المادة ٩٨ / ٢ ، التي جاءت تقول : « ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل » ، أو إذا تمخص الإيجاب لمنفعة من وجه إليه .

فالمشرع يورد تطبيقين للمعيار الذي جاء به ، وهما الآتيان :

١ - إذا كان هناك تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من الموجب له ، إذا كان راعياً في الصفقة التي يعرضها عليه والتي تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله ، على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحاً بالرفض إذا كان راعياً عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولاً . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذي تعود أن يرسل كمية من البضائع التي تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ، الذي تعود بدوره أن يرفض ما لا يعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . في مثل هذه الحالة ، تخم ظروف التعاقد ، في ضوء ماتم منه في القديم ، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راعياً ، بحيث إن تاجر الجملة هنا لا ينتظر منه تصريحاً بالقبول ، إذا كان له في الصفقة هوى . فإن سكوت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمنياً معقولاً يحدده قاضي الموضوع ، اعتبر سكوته قبولاً إياها ، وتعلمر عليه بالتالي أن يتملص منها <sup>(١)</sup> . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعتاد أحد

(١) الفروق في هذا الاتجاه : نشر فرنسي ٢١ مايو ١٩٤٠ Bull. civ. ٢٩٥ - ٢٩٦ - ١٢٨



البنوك أو غيره من المؤسسات المالية الأخرى مع أحد العملاء على أن يجري لصالحه صفقات في حقل معين ، ثم يخطر ببالها منتظراً منه رداً في خصوص ما إذا كان يقبلها أو يرفضها ، واعتاد العميل بدوره أن يجهر برفضه عما لا يرغبه من الصفقات ، فإن سكوته بعد ذلك عن الرد في حالة معينة مدة معقولة من الزمان يترك تقديرها لقاضي الموضوع ، يعتبر منه قبولاً للصفقة (١).

٢ - يعتبر السكوت قبولاً كلما جاء من صاحبه رداً على إيجاب متمحض عن مجرد منفعة له . ومثال ذلك أن يرسل شخص لآخر خطاباً ، يعرض عليه فيه أنه يكفل الوفاء بدين له على ثالث ، فيلزم المرسل إليه ، وهو الموجب له بالكفالة ، الصمت . فهنا يعتبر سكوته قبولاً للكفالة المعروضة عليه (٢) ، ولا يسوغ لمن أرسل الخطاب أن يتصل من التزاه ككفيل بمقولة إن غريمه لم يرد على عرضه بالقبول في وقت مناسب . والسبب في ذلك أن الكفالة هنا تؤدي إلى مجرد نفع للمرسل إليه . وهذا بذاته ظرف من شأنه أن يدمم سكوته ويقوى أثره في الدلالة على قبوله إياها . فالغالب أن الناس لا يرفضون العروض التي تقدم إليهم ، إذا كانت تؤدي إلى مجرد نفعهم ، أي تؤدي إلى تحقيق مصلحة لم يكونوا مقابل ، بحيث إن من يريد منهم مخالفة هذا الوضع الغالب ، يبادر بالإفصاح عن قصده ، وبحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر تصريحاً بالقبول من يكون في الصفقة راغباً .

هذان هما التطبيقان اللذان أوردهما المادة ٤٤/٢ من القانون المدني للسكوت

---

(١) انظر : نقض فرنسي - عرائض - ١٥ مارس ١٩٤٤ ، سري ١٩٤٤ - ١ - ٤٠ . ومن الحالات التي يمكن فيها للسكوت أن ينهض دلالة على القبول في مجال اتصال الأمر . بمعامل سابق بين ذوي الشأن ، الحالة التي يرسل فيها البنك لعمليه كشف حساب ، فيسكت العميل فترة معقولة من الزمن ، يترك تحديدها لقاضي الموضوع ، دون الاعتراض على ما تقصته من بيانات ، فوفقاً للمبادئ الجارية يمكن أن يستخلص من هذا السكوت رضاه العميل بما قصته الكشف من بيانات ، إلا ما جاء منها تنهية زلات القلم أو أخطاء الحساب .

(٢) انظر : استئناف مخطط ١٣/٢/١٩٩٦ ، ب ٨ ص ١١٨ . وانظر في نفس الاتجاه :

نقض فرنسي - عرائض - ٣٥/٢/٢٠ ، بالوز ١٩٢٩ - ١ - ٥ . وتعليق Voltrin .



الملابس الذي يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول : وهما وإن كانا من أهم التطبيقات العملية في هذا المجال ، إلا أنهما ليسا الوحيدين . فهما مذكوران في النص على سبيل المثال ، لا الحصر . وهكذا في كل حالة أخرى نجد أنفسنا أمام سكوت ملابس ، أى سكوت يقترن بظروف من شأنها أن تؤدي بالشخص إلى الإفصاح عن رفضه الإيجاب الموجه إليه إذا كان يقصده ، بحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر منه تصرفاً بالقبول إذا كان للصفقة رغبة ، فإن هذا السكوت يصلح من صاحبه تعبيراً عن إرادته ، بالنسبة إلى قبوله هذا الإيجاب . ومن أمثلة هذه الحالات تلم المشتري البضاعة التي اشتراها مع قائمة بثمنها متضمنة شروطاً معينة للصفقة ، حيث إن سكوته عما جاء في تلك القائمة فترة معقولة من الزمن يقلدها قاضي الموضوع يعتبر منه تسليماً بما تضمنته من شروط <sup>(١)</sup> . ومن أمثلة هذه الحالات أيضاً سكوت الموكل بغير مقتضى فترة معقولة عن تجاوز وكيله حدود وكراته ، برغم علمه بمحصوله . ومن أمثلتها كذلك سكوت المالك بغير مقتضى عن تصرف غيره في ماله ، إذا كان هذا التصرف قد حصل في حضوره ، أو كان قد أخطر به على نحو سليم ( انظر المادة ٣٨ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية ) .

٤٩ - مما سبق يبين أن السكوت بمجرد ذاته لا يصلح تعبيراً عن الإرادة . فهو عدم ، والعدم لا يفيد إلا العدم . فالسكوت لا يصلح أبداً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب وهو ، مجرداً عن أي اعتبار آخر ، لا يصلح أيضاً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . ولكن من الممكن للسكوت أن يصلح تعبيراً عن القبول ، إذا لابسته ظروف من شأنها أن تذهب دلالاته عليه وهذا هو السكوت الملابس . وإذا كانت المادة ٩٨ قد وضعت لنا معياراً

---

(١) ويلاحظ أن المادة ١٤٢ من المشروع التمهيلي كانت تتضمن هذه الحالة كطبيق لسكوت الملابس الذي يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . وقد خلفت العبارة التي تشير إلى تلك الحالة فلم تأت في نص المادة ٩٨/٢ من القانون . ولكن لا يستبعد من الحذف السابق ، وفق ما جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ التي أجزته ، الرغبة في إبعاد الحالة التي نحن بصدها ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها ) .



للسكوت الملابس وأوردت تطبيقين له ، فليس معنى هذا أن مجاء فيها يتمثل أمراً حسياً . فالمعيار الذي أوردته لا يعلو أن يكون مجرد مرشد يستأنس به القاضى ، دون أن يعل عليه بالضرورة القول الفصل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التطبيقين اللذين أوردتهما النص ، فهما يدورهما ليسا قاطعين . والأمر من بعد متروك زمامه بيد قاضى الموضوع الذى يتعين عليه أن يحدد ، فى ضوء ظروف كل حالة ، ما إذا كان السكوت ينهض دلالة على القبول من عدمه . ولقاضى الموضوع فى ذلك سلطة تقديرية تنأى به عن رقابة محكمة النقض ، طالما قام تقديره على أسباب سائفة <sup>(١)</sup> . فالأمر يندخل فى رحاب الواقع .

وغنى عن البيان أن كل ما قلناه فى صدد السكوت لا يخل بما يصرح به القانون ، فى حالات خاصة ، من إعطائه أثراً معيناً ، سواء أكان هذا الأثر هو القبول أم الرفض <sup>(٢)</sup> . كما إنه لا يخل بما يتفق عليه العاقدان من ترتيب أثر معين على السكوت ، كما إذا اتفق المؤجر والمستأجر أو العامل ورب العمل على أن سكوت كل منهما عن إبداء رغبته فى إنهاء العقد فى أجل معلوم يكون من شأنه امتداده لفترة تالية معينة كانت أم غير معينة .

#### ٥٠ - قيام التعبير عن الإرادة وإنتاجه أثره :

بينما فيما سبق أن الإرادة هى أساس الرضاء ، وبالتالي أساس العقد

---

(١) راجع Marty Raynaud ج ٢ مجلد ١ نبذة ٩٦ .

(٢) ففى بعض الأحيان يرتب القانون بنصوص خاصة أثراً معيناً على السكوت . وهو تارة يحمله لحمل القبول ، وتارة أخرى يحمله لحمل الرفض . ومثال الحالة الأولى ما تضمنته المادة ٢/٣٢٢ فى شأن حوالة الدين المضمون بالرهن الرسمى عند بيع العقار المرهون بيعاً مسجلاً ، قاضية بأنه : « ٢ - فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرأ أو يرفضها فى مهلة لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا المهلة دون أن يبت برأى ، اعتبر سكوته إقراراً » . ومثال الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت قبولاً كذلك ما جاءت به المادة ١/٤٢١ فى خصوص بيع التجربة من أن سكوت المشتري عن إبداء رأيه فى البيع المدة القانونية مع تمكنه من إجراء التجربة هذا يعتبر منه قبولاً للبيع ينقضى به البيع . أما الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت بمثابة الرفض ، فمثالها ما جاءت به المادة ٢/٣١٦ فى خصوص حوالة الدين من أن سكوت الدائن بعد إعلانه بالحوالة عن إبرازها خلال أجل معقول يعتبر منه رفضاً لها .



والتصرف القانوني بوجه عام ، كما بينا أن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا أن نحدد هنا متى يوجد التعبير عن الإرادة ، ومتى ينتج أثره .

والتصبر عن الإرادة يوجد فور صدوره ممن أجراه . ولكنه ، مع ذلك ، لا ينتج أثره ، في القانون المصري ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه <sup>(١)</sup> . أما قبل تلك اللحظة ، فالتعبير قائم وموجود ، ولكنه غير منتج أثره . وفي ذلك تقضى المادة ٩١ مدني بأنه : ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

وهكذا يلزم أن نفرق بين وجود التعبير عن الإرادة في ذاته ، وبين إنتاج أثره القانوني . فقد يوجد التعبير عن الإرادة مادياً ، بمعنى أن يكتمل له مظهره المادي ، ولكنه يبقى مع ذلك ، إلى فترة معينة ، عديم الأثر قانوناً . وهذا ما أخذ به القانون المدني ، مسaire في كثرة من القوانين المعاصرة الأخرى ، حيث جعل الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة ، في مجال العقود ، مترخياً إلى وقت وصوله إلى علم من يوجه إليه <sup>(٢)</sup> . فالتعبير من الموجب

---

(١) أما في الفقه الإسلامي ، فينتج التعبير عن الإرادة أثره من وقت صدوره . ولكن الفارق في هذا المجال ، بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر عامة والقانون المصري خاصة ، وإن كان من الناحية النظرية جد كبير ، إلا أنه من الناحية العملية يزول تماماً في صد الإيجاب ، نتيجة إعمال القاعدة الإسلامية القاضي بوحدة المجلس . فوحدة المجلس ، في الفقه الإسلامي ، شرط أساسي لانعقاد العقد . وهكذا لو عبر شخص عن إرادته في إبرام عقد معين ، حاة كون المتعاقدين الآخر غير موجود معه ، فإن هذا التعبير لن يكون له أدنى أثر . أما في التعاقد بالمراسلة ، فيبدأ مجلس العقد في الانعقاد عند تبليغ رسالة الموجب للموجب له ، فيقوم علم هذا به . أما في صد القبول ، فيبرز الفارق كثيراً بين الفقه الإسلامي والقانون المصري ، ولكن في مجال التعاقد بالمراسلة وحده ، حيث يتم العقد ، في ظل الأول ، بمجرد صدور القبول ، في حين أنه ، في ظل الثاني ، يتراخى قيام العقد إلى وقت اتصال القبول بعلم الموجب .

(٢) ويقتض هذا الحكم ، على وجه الخصوص ، القانون الألماني ( المادة ١٣٠ ) ، وإن كان قد جعل إنتاج التعبير أثره رهناً بوصوله إلى من وجه إليه ، ومغونة الالتزامات السويسرية



بما ينبغي عن إرادته إبرام عقد معين ، وإن تكامل له وجوده المادى من لحظة صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر إيجاباً بالعقد إلا بعد اتصاله بعلم الموجب له . كما أن التعبير من الموجب له عن إرادته بما يتضمن موافقته على العرض الصادر له ، وإن تكامل له ببلوره وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر قبولاً ينعقد به العقد ، إلا بعد اتصاله بعلم الموجب .

ولا تظهر أهمية تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا في التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه ، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما في التعاقد بين الحاضرين ، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه ، فلا يظهر في العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يبان ، في هذه الحالة ، في نفس الوقت .

وغنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا في مجال إبرام العقود . فهو لا يكون في حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لا يوجد إلا طرف واحد هو الذى يصل منه التعبير ، ولا يوجد غيره يوجه التعبير إليه . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، في هذا المجال الأخير ، بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يظهر منه أن يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف .

---

= ( المادة ٩ ) ، وشروح القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢/٤ ) والقانون البرازيل ( المادة ١٠٨ ) . وقد سائر القانون المصرى في حكمة القانون البري ( ٩١ ) والقانون اللبنى الكويتى ( المادة ٣٦ ) ، ووافق فيه القانون العراقى وإن لم يصرح به . ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات المبرية التى أخذت أحكامها عن القانون المصرى إلا القانون السورى ، حيث ترك ، عل غير عادته ، نص المادة ٩١ مصرى ، وتضمن نصاً ( المادة ٩٨ ) يوحى بأنه يقايره في الحكم .



٥٩ - إثبات اتصال التعبير بعلم من يوجه إليه :

رأينا أن التعبير عن الإرادة ، وإن تكامل له وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يكون له أثر قانونى إلا بعد اتصاله بعلم من وجهه إليه . ومن شأن هذا الحكم الهام أن يثير مسألة من ذا الذى يتحمل بعء الإثبات .

ولو أننا تمسكنا مع القواعد القانونية العامة ، لتوجب أن يقع عبء الإثبات على من يدعى حصول العلم بالتعبير . إذ أن البيئة على من ادعى . وهكذا فلو ادعى الموجب له ، مثلاً ، وصول تعبيره بالقبول إلى علم الموجب ، ليصل بذلك إلى تقرير قيام العقد ، لتعين عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . وهو أمر بالغ العسر فى العمل . ومن ثم جاءت المادة ٩١ تقيم قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلاً على علم هذا به ، ما لم يثبت العكس . وهى فى ذلك تقول فى آخرها : « ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » .

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصول إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ، ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه .

وعلى هذا ، فيكفى لمن وجه التعبير ، فى سبيل الدلالة على العلم به من وجهه إليه ، أن يثبت وصوله إليه . فإن فعل ، اعتبر هذا العلم واقعاً ، ما لم يقم من وجه التعبير إليه الدليل على العكس ، أى أن عبء الإثبات يتحول إلى من وجه التعبير إليه ، حيث يمكنه أن يدخل فى القرينة التى تقيمها المادة ٩١ ، وذلك بجميع أدلة الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن . كما إذا أفلح ، مثلاً ، فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجداً فى موطنه المرصه أو غيابه أو لئى سبب آخر . بل إنه إذا كان من وجهه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولاً من الموجب له ، فإنه لا يكتفى الأول ، فى سبيل الحاجة بعدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه



أن يثبت أيضاً أن انتفاء علمه به لا يرجع إلى خطأ يعزى إليه<sup>(١)</sup> . فإدام هو قد أوجب بالعقد ، فإن ظروف الحال تقتضي منه أن يتربص الرد عليه ، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به ، وكان ذلك : راجعاً إلى خطأ يعزى إليه ، ما كان له أن يحتاج بهجول هو المشلول عنه .

## ٥٢ - العلول عن الإرادة :

رأينا ، فيما سبق ، أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره فور صلوره من صاحبه ، وإنما يترأخى أثره القانوني إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على هذا الحكم نتيجة بالغة الأهمية في العمل . إذ أنه يجوز بمقتضاه . لمن يصدر منه التعبير عن الإرادة ، سواء أكان متضمناً إيجاباً أم قبولاً ، أن يقبل نفسه من الصفقة ، إذا بات عنها غير راغب ، وذلك في الحالة التي يقلح فيها أن يوصل إلى علم غريمه رغبته في التكويس ، قبل أن يتصل بعلمه التعبير المتضمن رغبته في إجراء الصفقة ذاتها ، أو في نفس الوقت . وهذا ما يمكن حدوثه في التعاقد بالمراسلة . وهو نمط من التعاقد بات كثير الوقوع في وقتنا الحاضر ، لاسيما أن ما وصل إليه فكر لإنسان اليوم من السبل السريعة للاتصال ، وعلى الأخص التليفون والبرق والتلوكس ، يمكن الشخص من توصيل علوه عما يكون قد أبدى رغبته فيه ، في وقته المناسب .

فالعلول عن التعبير عن الإرادة ممكن ، إذا وصل إلى علم من وجه إليه تعبير عن إرادة مضادة ، قبل وصول الأول إليه ، أو في نفس وقت وصوله . وجينئذ لا يكون للتعبير الأصلي أى أثر قانوني .

ولم يتضمن قانوننا المدني نصاً يصرح بالحكم الذي سقناه . ومع ذلك فلاشك في إعماله . فهو مجرد تطبيق للقاعدة التي أمثلها المادة ٩١ من أن التعبير

(١) انظر نقض ١٩٧٢/١/١٩ مجموعة أحكام النقض من ٢٣ من ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .



عن الإرادة لا يكون له أثر قانوني إلا بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه . فإدام هو كذلك فإن التعبير المضاد الذي يصل إلى علم من وجه إليه ، في وقته المناسب ، يلغيه ويمتعه بالتالي من أن ينتج أثره <sup>(١)</sup> . وقد كانت المادة ١٢٥/١ من المشروع التمهيدى ، التى تتمثل أصلاً للمادة ٩١ من القانون ، تتضمن الحكم الذى نحن بصدده <sup>(٢)</sup> ، ولكن العبارة التى تدل عليه حذفت فى لجنة المراجعة ، بحجة عدم الحاجة إليه <sup>(٣)</sup> .

ولاعبرة هنا بعلم من وجه إليه التعبير بحصول العلول عنه أو عدم علمه به طالما أنه قد وصل إليه في وقته . إذ لا يقبل منه هنا أن يدعى علمه بالتعبير وعدم علمه بالعلول عنه ، أو علمه بالأول قبل الثانى .

وتظهر أهمية إمكان العلول عن الإرادة بإرادة مضادة يصل التعبير عنها في وقته المناسب ، بشكل واضح ، بالنسبة إلى القبول ، حيث إنه يجوز لمن أرسل إلى الموجب ، يبلغه بقبوله ، أن يعدل عنه ، وبهذا يستطيع أن يقلل نفسه من الصفة ، إذا ندم على ارتضاها . بيد أن هذا الحكم لا يعلم كل فائدة بالنسبة إلى الإيجاب . فتظهر له فائدته في الحالات التى يكون فيها

(١) راجع : نقض ١٠ إبريل ١٩٥٨ ، طعن ٢٤/٩٧ ق ، بمسوعة أحكام النقض ص ٩٠٩ قاعدة ٤٠ . وقد جاء في هذا الحكم أن : « مؤدى المادتين ٩١ و ٩٢ من القانون المدق أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالإبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة ، فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به ، وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب (الأصح أن يقال هنا إنه إلى هذا الوقت لا يوجد ثمة إيجاب على الإطلاق) ، فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه ، لأن التصديق ماهر إلا صورة من صور العلول لا يمكن إلا في الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه .... » .

(٢) جاءت المادة ١٢٥/١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت - بعدما أجرى عليها من تعديل وحذف المادة ٩١ من القانون - تقضى بأنه : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه ، بحيث يمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل علول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير ، أو في الوقت الذى وصل إليه فيه » .

(٣) راجع بمسوعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠ .



الإيجاب ملزماً للموجب ، لا يستطيع الرجوع فيه ، وهذه على وجه الخصوص ، هي حالة التعاقد بالمراسلة ( المادة ٩٧ ) . إذ بالعدل ، لا يتمثل التعبير إيجاباً أصلاً .

والحكم الذي وصلنا إليه<sup>(١)</sup> ، يتمشى مع الروح السمحة للشرعة الإسلامية الفراء ، ويتجاوب مع الحديث النبوي الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عشرته يوم القيامة » .

### ٥٣ - أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :

رأينا أن التعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . بل إنه بوجود التعبير ، يعيش مستقلاً عن أصله ، كعمل قانوني قائم بحد ذاته . وهكذا فإن قدر لمن أصله التعبير أن يموت ، أو أن تزول عنه الأهلية ، فإن ذلك لا يؤثر في التعبير الذي سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقى موجوداً . ومادام هو موجوداً ، أمكن له أن ينتج أثره . إذا تحقق ما يلزم لذلك ، وهو اتصاله بعلم من وجه إليه . وفي ذلك تقضى المادة ٩٢ بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وهكذا فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره ، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره ، إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينقذ إلا مع من وجه التعبير نفسه .

١- (١) وقد أخذت جميع هائل عدة قوانين ، كالقانون الألماني ( المادة ١٣٠ ) ، ومدينة الالتزامات السويسرية ( المادة ٩٠ ) ، والقانون البولوني ( المادة ١٥ ) ، والقانون البرازيلي ( المادة ١٨٧ ) ، وقد أخذ به أيضاً القانون المدني الكويتي ، حيث إنه جاء في المادة ٣٧ منه : « يقضى بأنه : « لا يكون لتعبير عن الإرادة أثر ، إذا ما وصل إلى من وجه إليه عدول عنه قبل وصوله ، أو في نفس وقت وصوله » .



ولضهم أثر هذه القاعدة من الناحية العملية ، يلزمنا أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب ، أى ذلك الذى صدر منه التعبير بالإيجاب ، أو هو القابل ، أى ذلك الذى صدر من التعبير بالقبول .

فإن كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب ، كما إذا أُرسل زيد خطاباً لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة معينة ، ثم مات زيد أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم بكر ، فإن ذلك لا يمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم بكر . وهذا الأثر هو أنه ينهض إيجاباً بالبيع . ولكن هذا الإيجاب ، وإن قام صحيحاً ، إلا أنه لن يكون نواة لعقد البيع . والسبب في ذلك أن بكراً ، إذا عبر عن إرادته بارتضائه الشراء ، فإن هذا التعبير لن يتيسر له أن ينهض قبولاً يقترن بالإيجاب القائم . وعلة ذلك أنه لن يتصل بعلم من وجه إليه ، وهو الموجب (زيد في مثالنا) ، لأنه قد مات أو لأنه قد فقد الأهلية <sup>(١)</sup> . وهكذا نرى أنفسنا هنا بصدد إيجاب صحيح ، ولكنه لن يقترن به قبول ، فيبقى عديم الأثر .

أما إذا كان من دمه الموت أو فقد الأهلية هو القابل ، كما إذا كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة ، وأرسل بكر برده متضمناً قبوله ، ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد ، فهنا يبقى تعبير بكر قائماً ، وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد ، أى أنه ينهض عندئذ قبولاً . ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط ، فإن قبول بكر يقترن به ، فيتم توافق الإرادتين ، ويقوم العقد .

#### ٥٤ - الاختلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها أو الاختلاف

##### بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

رأينا فيما سبق أن الإرادة أساس الرضاء الذى هو بدوره أساس العقد ، وإن كان القانون لا يعتد بها إلا إذا خرجت عن حيز النفس وأتت إلى العالم الخارجى ، وبعبارة أخرى إلا إذا حصل التعبير عنها .

(١) انظر فى هذا المعنى : المصطفى ، الوسيط ج ٣ ، نية ٨٢ - أحمد غنمته أبو سفيان ، مصادر الالتزام نية ٨٤ ، وانظر فى نفس هذا الرأى : سليمان مرقس ، نظرية العقد نية ٣١ ، عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام نية ٧٩ .



وقد يقع في بعض الحالات ، وإن كانت جد نادرة ، أن تخطئ الوسيلة ، التي استهدف بها الشخص التعبير عن إرادته ، غايتها ، فلا تبرز هذه الإرادة على حقيقتها ، ويقع بذلك خلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها (١) ، وبعبارة أخرى بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

ففي مثل هذه الحالة ، يحق أن نقسم على ما إذا كان يسوغ لنا أن نقف عند مدلول التعبير عن الإرادة ، ونعتمد به في ذاته ، أم أنه يجب أن نطرح هذا المدلول ولا نعتمد به ، مادام قد ثبت أنه لا يطابق الإرادة الحقيقية . ومثال الحالة التي نحن بصدددها ، أن يقصد شخص أن يبيع سلعة بمجنين ، فيعرضها على الجمهور واضعاً عليها خطأ ورقة تفيد أن تمها جنيه واحد . فهنا الإرادة الحقيقية للتاجر هي أنه يريد البيع بمجنين . ولكن مدلول التعبير عن الإرادة هو أنه يعرض البيع بمجنين واحد . فإذا تقدم شخص وأراد الشراء بمجنين ، فهل يقوم البيع على أساس هذا المبلغ ، اعتداداً بمدلول التعبير عن إرادة البائع ، أم أنه لا يقوم ، اعتداداً بإرادته الحقيقية ؟ ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعزم شخص على قضاء إجازته في فندق معين ، وفي وقت محدد ، وليكن شهر يولييه ، فيكتب للفندق ليعرض عليه أن يحجز له غرفة خلال هذا الشهر ، ولكن يزل به القلم ويحجى في كتابه أن الحجز يكون في شهر يونيه ، ويحجز له الفندق بالفعل الغرفة المطلوبة خلال الشهر الوارد في كتابه ، من غير أن يحضر ، فهل يعتبر عقد الفندق أنه قد قام عن شهر يونيه اعتداداً بالتعبير عن إرادة التزيل ، أم أنه يعتبر أنه لم يتم اعتداداً بإرادته الحقيقية التي أخطأ التعبير عن إظهارها .

تتنازع هذا الموضوع . في القانون المعاصر ، نظريتان أساسيتان : إحداهما قديمة تقليدية ، وثانيتها حديثة .

---

(١) وكما يحدث الاختلاف بين الإرادة الحقيقية وبين مدلول التعبير عنها نتيجة الخطأ ، قد يحدث من عدم قصد . والاختلاف المقصود يمثل أساساً في التحفظ الفضي ، بأن يدعى الشخص ويضم بالمقد على نحو محدد ، حالة كونه يضر قديماً أو تحفظاً على رضائه هذا . والحكم واحد في الحالتين ، بالنسبة إلى من يوجه إليه التعبير .



فالنظرية التقليدية تعدد بالإرادة الحقيقية . فهي ، إن استلزمت حصول التعبير عن الإرادة ، إلا أنها لا تهتم به إلا في الحدود التي ينحى فيها مطابقتها للإرادة الحقيقية . فالتعبير عن الإرادة ، في منطق هذه النظرية ، ليس هو الذى يكون بذاته الرضاء ، ويقم بالتالى العقد ، وإنما الذى يفعل ذلك هو الإرادة نفسها ، وإن لزم أن تظهر عن طريق التعبير عنها . ثم تنحى هذه النظرية فتضم قرينة على أن التعبير عن الإرادة يطابق حقيقة قصد صاحبها ، وإن خولت لهذا الأخير أن يدحضها بإثبات العكس .

هذه هى النظرية الأولى . وتسمى نظرية الإرادة الباطنة *Volonté interne* اعتباراً بأنها تنصص حقيقة الإرادة الكامنة في باطن النفس ، للتأكد من مطابقة التعبير لها ، لتقيم الرضاء عليها . وتسود هذه النظرية القوانين اللاتينية التبعة ، وعلى رأسها القانون الفرنسى .

أما النظرية الثانية ، فتتصر اهتمامها على التعبير ذاته ، وتعمل مدلوله ، حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية . فهذه النظرية تكتفى بما ظهر للإرادة ، دون أن تنصص ما بطن منها . وهى لذلك تسمى نظرية الإرادة الظاهرة *Volonté externe* ، أو نظرية الإعلان عن الإرادة *Declaration de la volonté* . فوفقاً لمنطق هذه النظرية ، للتعبير عن الإرادة في ذاته أثره القانونى ، من حيث إنه يكون الرضاء ، ويعمل به على هذا الأساس ، حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ، أو هو ، في الأقل ، ينهى قرينة قانونية قاطعة ، لا يجوز دحضها بإثبات العكس ، على أنه مطابق للإرادة الحقيقية <sup>(١)</sup> . وتسود هذه النظرية في القوانين الجرمانية التبعة ، وعلى رأسها القانون الألمانى .

هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان ، في القانون المعاصر ، حكم الحالة

---

(١) يبد أن هذه النظرية ، وإن اعتدت بالتعبير عن الإرادة في ذاته ، إلا أنها تستلزم صدوراً عن إرادة موجودة . فلا أثر للتعبير ، إذا كان قد صدر من شخص بدون الإرادة أصلاً ، كالصبي غير المميز والمجنون والمحتوه .



التي يجي فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق لحقيقة قصد صاحبه (١) . ولا جدال في أن لكل منهما ميزتها . فنظرية الإرادة الباطنة تتميز بأنها تنصص حقيقة الإرادة ، ولا تنصف عند مجرد المظهر الخارجي لها . أما نظرية الإرادة الظاهرة فهي ، إن ضحت بالقصد الحقيقي لمن صدر منه التعبير ، إلا أنها تؤدي . من ناحية أخرى ، إلى استقرار المعاملات . عن طريق حماية الشخص الذي عول بحسن نية على ذلك التعبير . وهكذا فالنظرية الأولى تسم بترعة شخصية ذاتية ، في حين أن الثانية تسم بترعة مادية موضوعية .

ويبدو لأول وهلة أن الفارق جد كبير بين النظريتين . وهذا صحيح من الناحية القانونية النظرية . إذ أن النظريتين مختلفتان في ذات الأساس الذي تقوم عليه كل منهما ، وفق ما بينا . ولكننا إذا تركنا الناحية القانونية النظرية جانباً . لنبحث الأمر من الناحية القانونية التطبيقية ، وجدنا الخلاف بين النظريتين يضيق وينحسر إلى حيز جد محدود .

فهاتان النظريتان ، وإن بدتا متباعدتين ، إلا أنهما ، في حقيقة واقعهما ، تتداخلان ، وتؤديان في العمل إلى نتائج جد متقاربة . فنظرية الإرادة

(١) وهذا التنافر في أساس الحكم الذي نجهده ، في ظل القانون المعاصر ، بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ، نجهده أيضاً ، في ظل الفقه الإسلامي ، بين مذاهبه المختلفة . فالمذاهب الإسلامية لم يفتق تحت ظلها بدورها الرأي حول الحكم الواجب اتباعه ، عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة ، وتسمى ، عند الفقهاء ، بالقصد أو النية ، وبين الإرادة الظاهرة ، وتسمى بالهبة . فمن هذه المذاهب ما يطلب الإرادة الباطنة ، ومنها ما يطلب الإرادة الظاهرة . وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب ، في اعتدادها بالإرادة الظاهرة ، إلى حد القول بأن عبارة المازل تصلح لإنشاء العقود وتترتب الآثار عليها ، دون فرق في ذلك بين عقد وعقد ( وهذا هو الراجح في منحنى الشافعية ) ، وإن كان الغالب في الفقه الإسلامي هو عدم الاعتداد بعبارة المازل ، إلا أن ما يكون فيه حق لله تعالى ، اعتباراً بأن حق الله ، جلت قدرته ، لا يكون لهو حقاً لله تعالى ( وللمذهب الحنابلة وأكثر المالكية ) . وأساس هذا الرأي قوله ، صلوات الله عليه ، « ثلاثة جدهن جد وهنن ينسد : النكاح والطلاق والطلاق » ، وفي بعض الروايات أضيفت الزوجة ، وفي بعضها الآخر ، أضيفت اليمين . أما الحنفية ، فيعتنون بإرادة المازل ، حتى لو غير ما كان فيه حق لله تعالى . ولكن فقط من حيث كونها تصلح لاستبعاد العقد ، دون أن تكون لصحة . فإلحاقه القائم على إرادة المازل ، عند الحنفية ، يتنهد ( لصحوق الاختيار ، بمعنى القصد إلى التكلم بالبارقة ) ، ولكنه يتنهد فاسداً ( لقوات الرضاء ، أي لانعدام الإرادة ) .



الباطنة ، وإن غلبت الإرادة الحقيقية ، إلا أنها تقيم قرينة على مطابقة التعبير لها .  
تأسيساً على أن ذلك يتفق مع الغالب من أمر الناس . وإن ساغ دحض هذه القرينة  
بإثبات العكس ، إلا أن هذا الإثبات ، في العمل ، يغلب أن يتعذر . ونظرية  
الإرادة الظاهرة ، من ناحيتها ، وإن أخذت بالتعبير عن الإرادة ، إلا أنها  
تتطلب لذلك حسن النية فيمن يريد أن يعتد به ، بأن يكون معتقداً تطابقه  
مع حقيقة القصد من صاحبه . هذا فضلاً عن أنه من الممكن ، في بعض  
حالات إعمال نظرية الإرادة الحقيقية ، إقامة العقد على أساس التعبير المخالف .  
تطبيقاً للمسئولية التصيرية . وهذا يحدث إذا ما أمكن تكييف التخالف بين  
الإرادة وبين التعبير عنها على أنه نتيجة خطأ من صاحبها ، وأن هذا الخطأ قد  
رتب الضرر لمن وجه إليه التعبير ، كما إذا كان هذا الأخير قد عول على التعبير .  
ورتب عليه أموره مما جعله يفوت على نفسه صفقة كان يصل إليها لولاه .  
ففي مثل هذه الحالة ، يحق لمن وجه إليه التعبير المخالف أن يطالب صاحبه  
بالتعويض . وقد يرى القاضى أن خير سبيل إلى تعويضه هو تقرير قيام الصفقة  
على أساس التعبير الذى اعتقد مطابقتها لحقيقة القصد من صاحبه .

وإذا كنا قد عرضنا النظريتين اللتين تتنازعان ، في قوانين الدول المختلفة  
حكم الحالة التى يحى فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق للقصد الحقيقى لصاحبه ،  
تعين علينا أن نحدد موقف قانوننا منهما . ولإجidal فى أن قانوننا لازال  
يسير فى الفلك اللاتينى ، شأنه فى هذا شأن قانوننا القديم وشأن القانون  
الفرنسى . فهو يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . ولا يعتد ، فى قيام العقد ،  
بالتعبير عن الإرادة ، إلا فى الحدود التى يحى فيها مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه  
ولأدل على ذلك من نص المادة ٨٩ الذى جاء يقول : « يتم العقد بمجرد  
أن يتبادر طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » . فالنص يستلزم التطابق  
بين الإرادتين ذاتهما : وهذا ما يفيد أنه يقيم العقد على الإرادة نفسها ،  
وليس على مجرد التعبير عنها ، وإلا لقال بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادر  
طرفان تعبيران متطابقين عن إرادتين . بل إن قانوننا حتى مجموعته لا يكتفى  
بالإرادة الحقيقية فيتقصاها ، ولا يعمل التعبير عنها إلا فى الحدود التى يحى فيها



مطابقاً لها ، وإنما يتعمق أكثر فيها هو وراء الإرادة ، فيبحث عن الدافع إليها ، بحيث إنه لو كان هذا الدافع غير مشروع ، أهدرها وأبطل العقد الذى قصده . وهذا هو مؤدى فكرة السبب الذى سنتناوله فيما بعد .

٥٥ - يبد أنه إذا كان قانوننا يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة : فهو لم يهمل كلية نظرية الإرادة الظاهرة ، بل اقتبس منها بعض مظاهر تطبيقها ، وطعم بها أحكامه . وهكذا فلئن كان قانوننا يأخذ بالنسبة إلى قيام الرضاء الذى هو أساس العقد ، بل التصرف القانونى عموماً ، بنظرية الإرادة الباطنة كأساس : إلا أنه لا يأخذ بهذه النظرية بصفة تامة مطلقة ، بل نجده يأخذ أيضاً من نظرية الإرادة الظاهرة بقسط . ومن مظاهر تأثره بهذه النظرية الأخيرة مايلي :

١ - وفقاً للمادة ٩١ . ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . فلو أن شخصاً كتب لآخر يبنه بقبوله عرضاً كان قد تقدم له به بشأن بيع شئ يملكه ، ثم عدل بعد ذلك عن رغبته فى الشراء ، وبعث بعذوله هذا للموجب ، ولكنه وصل إليه بعد وصول الخطاب الذى يتضمن قبول الشراء ؛ فى مثل هذه الحالة ، يقوم البيع ولايستطيع المشتري أن يتحلل منه ، برغم أنه قد عدل فى الحقيقة عن الشراء قبل أن يتم للعقد قيامه . وهكذا يعتد قانوننا بالتعبير عن إرادة المشتري فى الشراء الذى وصل إلى البائع . ويقيم الرضاء عليه ، فى حين أن هذا التعبير قد كف عن أن يكون مطابقاً لقصده ، بسبب علوله عن الشراء .

٢ - تنص المادة ٩٢ بأن أثر التعبير عن الإرادة لايزول ، كأصل عام بموت صاحبه ولايفقده الأهلية . وهذا الحكم لايتشئ مع منطق نظرية الإرادة الباطنة ، بل مع منطق غريبتها . إذ أن النظرية الأولى تربط بين الشخص وبين التعبير عن إرادته ، بحيث إنه لو مات أو فقد أهليته ، قبل أن ينتج تأثيره عن إرادته أثره ، لوجب ، وفق منطقها ، أن يزول هذا التعبير بطوره .



٣- لا يأخذ قانوننا بعيوب الرضاء على إطلاقها . فهو لا يقرر حق الإبطال للمتعاقد كلما ثبت تعيب رضاء . بل إن هناك حالات يكون من المقطوع فيها أن رضاء المتعاقد قد شابه الفساد ، ومع ذلك يقع عقده صحيحاً . فالغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين لا ينض سبباً للإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ( المادة ١٢٠ ) . فإن وجدنا فى حالة غلط لا ينطوى تحت ماسبق ، فإنه لا يمنع من صحة العقد . وهذا لا يتفق مع نظرية الإرادة الباطنة التى تقتضى أن يكون الرضاء مبنياً دائماً على بينة سليمة للأمر المقصود ، ولكنه يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة ، حيث تهّم بالتعبير عن الإرادة فى ذاته . وما قلناه عن الغلط يسرى على التدليس والإكراه ، إذا وقعا من شخص من الغير . فهما لا يصلحان ، فى هذه الحالة سببين للإبطال ، إلا إذا كان من تعاقد مع المندلس عليه أو مع المكره على علم بالتدليس أو بالإكراه أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به ( المادتان ١٢٦ و ١٢٨ ) .

### المطلب الثالث

#### توافق الإرادتين

٥٦- بينا فيما سبق أنه يلزم ، لحصول الرضاء الذى هو أساس العقد ، أن تتواجد الإرادة فى كل من طرفيه ، وأن يقع التعبير عنها . وهذان الأمران لا يكتفيان . بل يلزم ، فضلاً عنهما ، أن تتوافق إرادتا طرفى العقد على قيامه . وعلينا هنا أن نحدد كيفية حصول هذا التوافق .

والتوافق بين الإرادتين يتم على خطوات ثلاث : الإيجاب والقبول ثم ارتباط القبول بالإيجاب . ويلزمنا بالضرورة أن نتناول كلا من هذه الموضوعات ، ثم نعقب بدراسة بعض حالات يأخذ فيها هذا التوافق شكلاً خاصاً ، لنختتم بدراسة النياية فى التعاقد .



## (١) الإيجاب

٥٧ - لكي يتم إبرام عقد معين . يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على الآخر ، بعد أن يكون هو قد استقر نهائياً عليه . ويطلق على هذا العرض اصطلاحاً « الإيجاب » . ولا يسم ، بالنسبة إلى عقد معين ، أن يرد الإيجاب من هذا المتعاقد أو من ذاك . فأيهما يبدأ بعرض الصفقة ، يكون هو المتقدم بالإيجاب (١) .

فالإيجاب offre ou pollicitation هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقداً ، بغية حصوله على قبوله إياه ، وبالتالي على قيام هذا العقد . ويلزم ، لكي يعتبر العرض إيجاباً ، أن يتضمن . في الأقل . طبيعة العقد المراد إبرامه ، بيعاً كان أو إيجاراً أو هبة ، مثلاً . فضلاً عن أركانه الأساسية . فالإيجاب بالبيع مثلاً ، يلزم أن يتضمن الرغبة في إبرام البيع والشئ المراد بيعه أو شراؤه والتمن . ولا يوجد ثمة مانع بعد ذلك من أن يتضمن الإيجاب الشروط التي يرغب الموجب التعاقد على أساسها . أو بعض هذه الشروط ، حتى لو كانت في ذاتها ليست على كبير أهمية .

## ٥٨ - الإيجاب الموجه للجمهور :

لا يوجد ثمة مانع من أن يوجه الإيجاب لأشخاص غير معينين ، أى للجمهور الناس . على أن ذلك يقتضى ، بطبيعة الحال . ألا تكون شخصية من يراد التعاقد معه ذات اعتبار أساسى في التعاقد .

ولم يعرض مشرعنا المصرى للإيجاب الموجه للجمهور . ولكن القواعد القانونية العامة كفيلة بتقريره وتنظيمه على سواء .

فن حيث المبدأ . لا يتنافى مع مقتضى القانون أن يكون الإيجاب موجهاً

(١) ولا يوجد في ذلك أى خلاف بين القانون المعاصر وبين الغالب في الفقه الإسلامى . مع ملاحظة أن الشافعية والحنابلة يرون ، في العقود التي يترتب عليها انتقال الملك كالبيع ، أن الإيجاب يصدر دائماً عن يكون منه التمليك ، ولو جاء متأخراً . أما القبول فهو الذى يصدر من يصير إليه الملك ، وأن جاء متقدماً .



لعموم أفراد الناس دون تخصيص ، طالما أن شخصية التعاقد ليست ذات اعتبار في التعاقد . ومن حيث التنظيم ، فالقواعد القانونية العامة تتيح لنا أن نخضع هذا النوع من الإيجاب للأحكام التي تقتضيها أوضاع التجارة والتعامل مع الجمهور .

وكل ما يثار في شأن الإيجاب الموجه للجمهور من صعوبات هو تحديد ما إذا كان العرض المقدم لأفراد الناس يرتقي حقاً إلى مرتبة الإيجاب ، أم أنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد . والمعيار الذي يراعى هنا هو نفس المعيار الذي سوف نبرزه فيما بعد ، عند تناول التفرقة بين الإيجاب ومقدماته . وقوام هذا المعيار العزم النهائي من صاحب العرض على إبرام الصفقة مع كل من يتقدم إليه بمجرد أن يرتضى عرضه . فإذا كان العرض من هذا النوع : فهو إيجاب : والا فهو مجرد دعوة إلى التعاقد . ومن المسلم في الفكر القانوني أن عرض البضائع في واجهات المتاجر أو نحوها مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً : في حين أن النشر والإعلان عن السلع أو الخدمات وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارية التعامل بها لا يعتبر إيجاباً ، ما لم يتضح العكس من ظروف الحال (١) .

ومن أبرز صور الإيجاب الموجه للجمهور ، فضلاً عن عرض البضائع في واجهات الحوانيت مع تعليق أثمانها عليها ، الإيجاب الذي توجهه الشركات والهيئات التي تقدم للجمهور الخدمات العامة بشروط تحددها ، كهيئة السكك الحديدية وشركات الطيران والتأمين . ومنها كذلك وقوف سيارة الأجرة في المكان المخصص لها في انتظار من يركبها . ومن تلك الصور ، في النهاية :

---

(١) جاءت المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى متجاوبة مع ما ذكرناه في المتن . وهي في ذلك تقول : « ١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . وهذا الذي جاءت به المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى مستمد من المادة ٢/٧ و ٣ من ملوثة الالتزامات السورية والمادة ٧٣ من القانون البولوني . وانتقل حكم المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى المصرى إلى القانون العراقى ( المادة ٨٠ ) وإلى القانون الأردنى ( المادة ٩٤ ) ، كما أن القانون المدنى الكويتى قنته أيضاً ، وإن ارتفع به إلى مرتبة التأصيل ( المادة ٤٠ ) .



ما نراه في الكثير من البلاد من وضع الآلات الميكانيكية تحت استعمال الجمهور كالموازين وآلات توزيع المنتجات .

وغنى عن البيان أن الإيجاب الموجه للجمهور يتضمن ، بطبيعة الأمور ذاتها ، قيداً معيناً مؤداه أن هذا الإيجاب يقع معلقاً على شرط توافر إمكانية تمشى صاحبه معه . فهينة السكك الحديدية مثلاً ، أو شركة مصر للطيران ، وهى توجب لجمهور الناس نقلهم بالشروط التى تحددها ، تجعل إيجابها ذاك معلقاً على شرط توافر الأمكنة الشاغرة . ثم إن الإيجاب الموجه للجمهور لا يخل بما تقتضيه التجارة من أوضاع . فإذا عرض أحد التجار ، مثلاً ، سلعة فى واجهة محله وعليها ثمنها ، فإن عرضه هذا قد لا يعتبر إيجاباً ببيعها ، إذا كانت ظروف الحال تدل على أنه قد وضعها للدعاية فحسب ، كما إذا كانت وحيدة من نوعها ليس لها ما يماثلها فى متجره . كما أن التاجر ، بوضعه سلعة معينة فى متجره ، قد يقصد من وراء ذلك إبقاءها فى مكانها للدعاية ، وأنه يريد بيع سلعة أخرى تماثلها .

#### ٥٩ - مقدمات الإيجاب :

فى بعض الأحيان ، يتم الإيجاب دون أن تسبقه مقدمات . ويحصل ذلك عادة فى إبرام العقود قليلة الأهمية ، ولاسيما العقود التى تقتضيا الحياة اليومية للناس ، كالعقد الذى نشترى بمقتضاه الصحف أو الفاكهة أو الخضر أو الملابس ، وكعقد النقل الذى يبرمه الفرد منها بركوبه سيارة أجرة أو « أتوبيس » ، وكالعقد الذى بمقتضاه يتناول الشخص القهوة أو الشاى فى مقهى ، أو الطعام فى مطعم ، أو يتزل فى فندق . ونكّن فى العقود اأامة ، كبيع أرض أو منزل أو سيارة ، وكإيجار المنزل أو الأرض ، يغلب أن يجرى الإيجاب على أثر مفاوضات تطول أو تقصر ، أو على أثر دعوة إلى التعاقد . فكل ماسبق العزم التهاى على إبرام العقد ، ويستهدف مجرد التحضير أو التهيد له ، لا يعتبر من قبيل الإيجاب ، بل هو من قبيل المفاوضات بشأنه ، أو من قبيل الدعوة إليه .



وقد تليق ، في بعض الأحيان ، التفرقة بين الإيجاب وبين المقدمات التي تسبقه ، وهي التي كثيراً ما يطلق عليها الدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى التفاوض . وخير معيار نراه في هذا الصدد هو أن نتبين ، وفق ما يتضح من ظروف الحال ، ما إذا كان العرض يتم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة ، أي بمجرد أن يقبله الموجب له ، أم عن مجرد التهديد أو التحضير له <sup>(١)</sup> . فإذا كان الأمر الأول ، كنا بصدد إيجاب . وإن كان الأمر الثاني ، كنا بصدد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . فقوام معيارنا أمران جوهريان : ( الأول ) العزم النهائي من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد . فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تصل إلى حد البت . ( الثاني ) أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد على صورة بحيث إن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يكون من شأنه أن يؤدي إلى قيام العقد على أساسه . وهذا الأمر وذلك يتطلبان في العرض ، لكي يرتقي إلى مرتبة الإيجاب ، أن يتضمن ، في الأقل ، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

وتطبيق المعيار السابق يؤدي بنا إلى اعتبار العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام عقداً ، دون بيان كل أركانه ، مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثال ذلك الالفة التي يعلقها الشخص على داره متضمنة ما يفيد أنه للبيع أو أنه للإيجار ، وكذلك الإعلان الذي ينشر لهذا الغرض . والسبب في ذلك أن الشخص ، بعرضه الدار للبيع أو للإيجار ، مجرداً عن ذكر كل أركانه ، حيث ينتقص الثمن أو الأجرة ، لا يقصد أن يتعاقد مع كل شخص يتقدم إليه ، وإنما يقصد أن يتعاقد مع من يقبل شروطه ، فهو بذلك لا يتم عن عزم نهائي في إبرام العقد . وبالتالي فهو لا يوجب بالتعاقد ، وإنما يدعو الناس إليه . ومثال العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام العقد دون تضمنه كل

---

(١) وقريب من هذا المعيار ما جاء في حكم النقض الصادر في ١٩ يونيو ١٩٦٩ في الطعن رقم ٣٥/٢٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ قاعدة ١٥٩ ) من أن « الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد » .



أركان العقد ، والذي لا يرتقى من ثم إلى مرتبة الإيجاب ولكنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد ، ما قضى به من أن عرض شخص على آخر القيام بعمل معين ، دون تضمن الشروط والتفاصيل اللازمة ، لا يعتبر إيجاباً<sup>(١)</sup> .

ومن قبيل العرض الذي لا يتم عن عزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن يوجه إليه الإعلانات عن السلع أو الخدمات التي تنشر في الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرئية كانت أم صوتية ، وكذلك لإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارية التعامل بها ، سواء أكان للجمهور أم لأفراد معينين من الناس . فكل ماسبق لا يعلو : في الأصل : أن يكون مجرد منبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل<sup>(٢)</sup> . فهو يتمثل إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض : وليس إيجاباً به ، وذلك بالضرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال .

ومن قبيل العرض الذي لا يعتبر إيجاباً : وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد ، اعتباراً بأنه لا يتضمن العزم النهائي على إبرام العقد بمجرد صدور قبوله ممن يوجه إليه ، ذلك الذي يوجه إلى أشخاص عديدين أو إلى جمهور الناس . إذا توضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسي في التعاقد ، بحيث يكون لصاحب العرض أن يتخير من يريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص في الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص . فمثل هذا الإعلان ، لا يتطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل ، بل على مجرد دعوة إلى التعاقد . حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها ، كما إذا ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة في السكرتير والأجر والمدة المعروضين . والسبب في عدم اعتبار العرض هنا إيجاباً هو أن

---

(١) راجع استئناف مختلف ١٩٠٤/٣/١٦ ص ١٤٧ و ١٩٠٢/٤/٢٤ ب ١٤ ص ٢٦٤ (والحكمان مشار إليهما في مؤلف استاذنا السهري ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ١٢١ هامش ٢) .

(٢) وذلك بخلاف عرض البضائع مع بيان أمانتها ، فهو يعتبر إيجاباً لأنه يتضمن عزم التاجر على البيع لأي شخص يرغب في الشراء بالمؤمن المعروض . راجع ما سبق أن ذكرناه في المتن ،

نبذة ٥٨ .



صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، بل هو ، بالإعلان الذي أجراه ، يدعو الناس إلى التقدم إليه ، لاختير من بينهم من يشاء .

ومن الأمور التي لا تنصل إلى مرتبة الإيجاب بالعقد ، وإنما تقف عند مجرد التفاوض في شأنه والتحضير له أن يتقدم شخص بعرض متعلق بشئ معين كان يشتره ، إذا كان عرضه في شأنه لا يتفق مع حقيقة واقعه <sup>(١)</sup> .

وللتفرقة بين ما يعتبر إيجاباً ، من ناحية ، وبين ما يعتبر مفاوضة بشأن العقد أو دعوة إلى التعاقد ، من ناحية أخرى ، أهمية كبرى . فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد . فهو يوجه إلى الطرف الآخر ، حتى إذا ما قبله ، قام العقد ، وما ساء بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه . أما الدعوة إلى التعاقد ، فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه ، حتى إذا ما استجاب هذا إليها ، تقدم للأول بإيجابه . فن ينشر في الصحف إعلاناً يطلب فيه سكرتيراً خاصاً له ، مثلاً ، يدعو الجمهور إلى التعاقد معه . فإذا لبى أحد الأفراد دعوته هذه ، تقدم له بإيجابه . وهنا يكون لناشر الإعلان أن يتحلل هذا الإيجاب أو يرفضه ، دون أن يكون عليه في ذلك معقب : كأصل عام .

وهكذا نجد الدعوة إلى التعاقد خطوة إلى الإيجاب ، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد .

ولهذا التكييف أهمية بالغة . فالإيجاب ، إذا ما قبل ، نشأ العقد ، وما ساء للموجب بعد ذلك أن يتحلل من إيجابه ، كما سبق لنا أن بينا . أما إذا لم يلب

(١) انظر نقض ١٩٥٠/١/٩ قضية رقم ١٨/٨٨ ق مجموعة النقض ص ٢٠٣ قاعلة ٥٦ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً تقدم بعرض شراء قطعة أرض من آخر مع اختلاف عرضه مع حقيقة الأرض بالنسبة إلى حدودها ومساحتها . وقضت محكمة الموضوع برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المقامة من صاحب العرض . وباركت المحكمة العليا هذا القضاء ، اعتباراً بأن الاختلاف على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير قائم وإن كل ما حصل هو مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين .



الدعوة إلى التعاقد، فلا يترتب على تليتها أكثر من إيجاب يقدم إلى من وجهها .  
وللموجب له : كأصل عام : كامل الحرية في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه .  
وهكذا نصل إلى أنه يجوز لمن يدعو الناس إلى التعاقد أن يرفض إنمامه مع  
من يستجيب لدعوته . والأصل أن رفضه التعاقد هنا لا يحمله بالمسئولية (١) .

## ٦٠ - أثر الإيجاب :

الإيجاب . كما بينا : هو العرض الذي يتقدم به أحد العاقدين متطوياً  
على رغبته النهائية في إبرام العقد ، بشرط أن يتضمن ، في الأصل ، تحديد  
أركان هذا العقد التي يرغب هو أن يقوم التعاقد عليها وشروطه الأساسية .  
والفرض الآن أن الإيجاب قد تم . الفرض ، مثلاً ، أن شخصاً معيناً عرض  
على آخر أن يبيعه أرضاً محددة بثمن معلوم . ونريد هنا أن نحدد أثر هذا  
الإيجاب .

يقتصر أثر الإيجاب على أنه عرض يتقدم به أحد طرفي العقد المراد  
إبرامه للآخر . فهو بالضرورة لا يتطوى على إلزام للمتعاقدين . فالذي  
يرتب القوة الملزمة للمتعاقدين هو العقد نفسه . أما الإيجاب فهو مجرد خطوة

---

(١) ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يعتبر رفض التعاقد فيها عملاً خاطئاً من شأنه أن  
يستوجب المسئولية ، على أساس العمل غير المشروع . فهناك أشخاص يدعون الناس ويستحثونهم  
على التعاقد معهم ، كالتجار ينشرون على الجمهور إعلاناتهم ويبحثون إليهم بقوائم أسعارهم ،  
وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتتحون محلاتهم داعين الناس إليها ، وكأرباب الصناعات والأعمال  
يدعون العمال إلى العمل لديهم : مثل هؤلاء الأشخاص ، وإن كان لهم ، كأصل عام ، أن يرفضوا  
التعاقد مع من يستجيب لدعوتهم ، إلا أنه ، إذا ثبت أن رفضهم قد تجرد عن المبرر والسوغ ،  
اعتبر ذلك منهم عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليتهم التقصيرية . إذ أنهم هم الذين استحثوا  
الناس على التعاقد معهم ، فلا يسوغ لهم نتيجة ذلك أن يرفضوا هذا التعاقد بعد أن تلقى دعوتهم ، من  
غير أن يستندوا في ذلك إلى مبرر مقبول . ومن شأن أعمال فكرة المسئولية التقصيرية هنا الحكم  
بالتعويض لمن رفض التعاقد معه . وقد يرى القاضي أن غير ما يفعله هنا هو أن يقضى بالتعويض  
العينى ، فيحكم باعتبار العقد ، الذي رفض إبرامه ، قائماً . وهنا يقوم العقد ، لا على أساس توافق  
الإيجاب والقبول ، ولكن على أساس التعويض العيني . ( راجع في المسئولية عن الخطأ في رفض  
الإيجاب المقدم على أثر الدعوة إلى التعاقد : السهورى ، الوسيط ج ١ نيفق ١٠٠ ) .



إلى العقد ، قد تصل بنا إليه ، وقد لاتصل . فهو يصل بنا إلى قيام العقد ، إذا ارتبط به القبول ، وإلا فلا .

والأصل في الإيجاب أنه لا يلزم ، حتى من صدر منه ، أى الموجب . فلهذا أن يرجع عنه بعد تقديمه ، أى أن له أن يسحبه ، طالما بقى مجرد إيجاب ، أى لم يقترن به بعد قبول . ويستفاد هذا الحكم ، عن طريق مفهوم المخالفة ، من نص المادة ٩٣ . فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً بالإبقاء على إيجابه ، إذا عين ميعاداً للقبول ، فهو إذن لا يلتزم بالإبقاء عليه عند انتهاء هذا التعيين . فكان الأصل العام هو أن الموجب لا يلتزم بإيجابه ، بمعنى أنه يسوغ له أن يرجع فيه ، قبل أن يقترن به القبول من الطرف الآخر . وهذا الحكم من بعد هو الذى يسود فى الفكر القانونى المعاصر بوجه عام<sup>(١)</sup> . كما أن جمهور فقهاء المسلمين يقولون به ، وهو مؤدى ما يسمى عندهم « خيار الرجوع »<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ أن الإيجاب ، فى ظل القانون المصرى ، لا يعتبر قائماً ، إلا بعد أن يتصل بعلم الموجب له . إذ أنه تعبير عن الإرادة . والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانونى ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه ( المادة ٩١ ) ، وفقاً لما سبق لنا أن بيناه<sup>(٣)</sup> . فقبل أن يتصل بالإيجاب بعلم من وجه إليه ، يستطيع الموجب دائماً أبداً أن يعدل عنه . ويتم له ذلك بإخطار الموجب له بعلموله ، بشرط أن يصل إليه هذا الإخطار قبل أن يصل إليه

(١) تتنازع هذا الحكم فى القانون المقارن فكرتان : تقوم أولاً على التزام الموجب بإيجابه ، فصرحه من الرجوع فيه ، ما لم يتضمن ما يتم عن قصد فى الاحتفاظ بمقتضى ذلك . أما الفكرة الثانية ، فلا تنص على الإيجاب فى ذاته صفة الإلزام ، وتخول بالتالى لصاحبه أن يرجع فيه ، طالما لم يقترن به بعد قبول . وهذه الفكرة الأخيرة تولى التسود فى الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة . (٢) وقد أخذت المجلة بخيار الرجوع ( المواد ١٨٢ - ١٨٥ ) . وذهب رأى فى المذهب المالكى يقول يلزم الإيجاب على صاحبه ، حتى أنه إذا رجع فيه ، وصدر منه ذلك القبول فى مجلس العقد ، انقضى العقد ( راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ ) .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ٥٠ و ٥٢ .



الإيجاب نفسه<sup>(١)</sup> ، أو حتى في نفس وقت وصوله ، كما إذا أرسل الموجب إيجابه بالبريد العادى ، ثم ضمن علوله بريقة يبعث بها إلى الموجب له ، ووصلت إليه أولاً أو في نفس الوقت .

ولكن الأمر لا يقف عند حد إمكان الموجب العدول عن إيجابه ، قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه . بل إنه حتى إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ، واكمل له بالتالى كيانه القانونى كإيجاب قائم ، يكون لمن أجراه ، كقاعدة عامة ، أن يرجع فيه ، طالما بقى مجرد إيجاب . أى طالما لم يقترن به قبول الموجب له ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه منذ قليل . أما بعد أن يقترن القبول بالإيجاب ، فلا يسوغ بالضرورة للموجب أن يتحلل من الصفقة . فن الحق أن له . كقاعدة عامة . أن يرجع في إيجابه . ولكن ، في حالتنا هذه ، لم يعد هناك إيجاب ما ، حتى يمكن الرجوع عنه . فالإيجاب الذى كان قائماً قد تفاعل مع قبول الموجب له . ونشأ عن تفاعلها شئ جديد مستقل عنهما . وهو العقد . والقاعدة أنه لا يسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد ..

وهكذا نصل إلى أنه يسوغ للموجب ، كأصل عام . أن يرجع عن إيجابه ، طالما أنه لم يقترن به قبول . من هنا جرى القول بأن الإيجاب فى الأصل يقع غير ملزم . أى أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء عليه ، فى انتظار أن يلحقه القبول .

٦١ - التزام الموجب بإيجابه إذا اقترن بميعاد للقبول : إذا كانت القاعدة العامة هى أن الإيجاب يقع غير ملزم ، بالمعنى الذى حددناه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . فيرد عليها استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء أن الإيجاب يقع ملزماً ، ويحتج بالتالى على الموجب الرجوع فيه ، إذا كان هذا قد حدد لمن وجهه إليه ميعاداً ، يبدى خلاله رأيه فيه ، قبولاً أو رفضاً ،

---

(١) راجع نقض ١٠ أبريل ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٣٥٩ ، وقسميت

الإشارة إليه .



أو كانت ظروف الحال أو طبيعة المعاملة تقتضيه ، وذلك طوال هذا الميعاد .  
وفي ذلك تنقضي المادة ٩٣ ملحق بأنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب  
بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من  
ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » (١) .

فإذا حدد الموجب ميعاداً للموجب له ، لكي يبدى خلاله رأيه في  
الإيجاب الذي يعرضه عليه ، إن قبولاً أو رفضاً ، فتقيد الموجب بهذا الميعاد

(١) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى ، والتي أصبحت بعد  
تعديلات لفظية المادة ٩٣ من القانون تقول : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد  
للقبول ، متى حدد له ميعاداً ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو حاضر . فإذا انقضى  
الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب ، بعد أن فقد ما توافر له من قوة  
الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التصير المقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبق  
إيجابه قائماً ، إلا في خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التصديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب  
قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تشبيهه مع ما يقابل  
في حقيقة نية الموجب ، ويراهى أن القول بسقوط الإيجاب ، عند انقضاء الميعاد ، يستتبع اعتبار  
القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد ، وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع في نص لاحق .  
وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز في كونه عن الوعد بالتأكد ، فالأول إرادة منفردة  
والثاني اتفاق إرادتين .

ويكون تحديد الميعاد في غالب الأحيان صريحاً ، ولكن قد يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد  
ضمنياً من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن  
الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع  
في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب ،  
بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عالجها المشروع في المادة التالية ، فقضى بأن يبق  
الموجب ملتزماً بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب  
وبالطريق المعتاد .

وإذا كان الإيجاب غير ملزم في رأى القضاء المصرى ، فقد انحصر الاشكال في تعيين الفترة  
التي يظل الإيجاب قائماً في خلالها ، إذا لم يكن قد عدل عنه . وقد جرى القضاء في هذا الشأن على أن  
الإيجاب لا يسقط ، إلا إذا عدل عنه الموجب ، أو ما لم يكن قد اتفق على ميعاد يسقط بانقضائه  
( استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ ص ٣٠ و ٦٢ ) أو ما لم يكن قد تبين بجملة أن المتعاقدين  
قد اتفقا ضمناً على ميعاد . أما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذى يتفق عليه ضمناً ، فللقاضى أن يقوم  
بتحديد ، إذا لم يجدد المتعاقدان بوجه من الوجوه ، بالرجوع إلى نية الموجب وفقاً لظروف  
كل حالة بخصوصها ( استئناف مخطوط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ ص ٢٤ و ١٠٠ ) .



وامتنع عليه الرجوع عن إيجابه ، مابق الميعاد قائماً لم يتقضى . فإن وقع منه هذا الرجوع قبل فوات الأجل المحدد ، اعتبر رجوعه هذا كأن لم يكن أصلاً ، لحصوله بمخالفة التزام يفرضه القانون عليه بالإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . وهكذا يظل الإيجاب ، في حالتنا قائماً ، برغم رجوع الموجب غير المشروع عنه . ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القبول ، خلال الميعاد المحدد ، اعتبر مصداقاً لإيجاباً قائماً ، ونشأ بالتالى العقد ، حتى لو كان الموجب قد غر في الحقيقة رأيه ، بعد أن اتصل لإيجابه بعلم الموجب له ، وأبلغ هذا الأخير بعلمه .

يبين مما سبق أن الإيجاب يقع ، استثناء من القاعدة العامة ملزماً ، بمعنى أن الموجب يلتزم بالإبقاء عليه . إذا كان قد حدد للموجب له ميعاداً لإصدار قبوله أو رفضه ، وذلك خلال هذا الميعاد . وهذا الحكم الذى تقضى به المادة ٩٣ لا يعلم أن يكون تفسيراً من المشرع لإرادة الموجب . فهذا الأخير . إذ يحدد للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه في إيجابه ، يريد بالضرورة أن يبقى ملتزماً بهذا الإيجاب خلال هذا الميعاد .

والإيجاب ، إذ يصير ملزماً للموجب . خلافاً للأصل العام ، إذا حدد هذا الأخير للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه بشأنه ، فإن هذا التحديد قد يجي صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، أو طبيعة المعاملة . ومثال التحديد الصريح ، أن يعرض شخص معين على آخر أن يبيعه منزله بثلث مائة جنيه ، ويترك له مهلة أسبوع أو أكثر أو أقل ، ليتدبر فيها أمره ، ويقبل الصفقة أو لا يقبلها .

أما التحديد الضمني لميعاد القبول ، فهو ذاك الذى يستدل عليه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، كما قلنا . ومثاله أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارة أو ماكينته على شرط التجربة . فظروف الحال هنا تدل على أن الموجب يترك للموجب له الميعاد الذى تستغرقه التجربة بحسب المؤلف ، لكى يبدى خلاله برأيه <sup>(١)</sup> . ومثال التحديد الضمنى لميعاد القبول

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١٣٠ .



أيضاً أن يتقدم شخص بعتاء في مزاد أو في مناقصة ، فظروف الحال هنا تدل على أن الإيجاب الذي ينطوى عليه تقديم العطاء يتضمن الميعاد اللازم لتقديم عطاء آخر يزيد عليه أو يقل عنه . أو لفض الظروف ، إذا كان المزاد أو المناقصة قد حصل بطريقته . ومثال التحديد الضمني لميعاد القبول في النهاية ، ما يحصل في التعاقد بالمراسلة . فإذا أرسل شخص ، مثلاً إلى آخر خطاباً يعرض عليه صفقة معينة ، دلت ظروف الحال ، في غالب الأحيان ، على أن الموجب يترك للموجب له ميعاداً مناسباً ، يبدأ من وصول الخطاب إليه ، لكن يتدبر فيه أمره ويبت في العرض برأيه ، ثم يرسل إليه رده . وهكذا تدل ظروف الحال هنا على أن الموجب أراد أن يلتزم بإيجابه طوال المدة اللازمة ، بحسب الظروف العادية المألوفة ، لكن يبت الموجب له برأيه ويبحث برده ويصل هذا الرد إلى الموجب . وعلى أية حال فاستخلاص التحديد الضمني لميعاد القبول ومداه أمر تدل عليه طبيعة المعاملة وظروف التعاقد ، وهو من بعد أمر يتعلق بالواقع ، ولقاضي الموضوع فيه فصل القول ، دون رقابة عليه من محكمة النقض .

نخلص من كل ما سبق أن الإيجاب ، وإن كان بحسب الأصل غير ملزم ، بمعنى أنه يسوغ لمن أصدره أن يرجع فيه أو أن يسحبه ، طالما أن القبول لم يقترن به ، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام ، هو أنه إذا وقع الإيجاب ملزماً . ويمتنع بالتالي على الموجب الرجوع فيه ، وذلك إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للموجب له ، لكن يبدى خلاله رأيه في إيجابه ، حيث يكون الإيجاب هنا ملزماً طوال الميعاد المحدد لإبداء الرأي . وسواء بعد ذلك أن يكون تحديد الميعاد صريحاً أو أن يستدل عليه ضمناً من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال (١) .

---

(١) ويلاحظ أنه لا يوجد في القانون الفرنسي نص تشريعي على هذا الحكم ، وإن كان القضاء الفرنسي يجمع على اتباعه أو يكاد . بل إن ثمة اتجاهات ، في الفقه الفرنسي ، تميل إلى اعتبار كل إيجاب أنه مقترن ضمناً بميعاد مأمول للقبول يكون ملزماً خلاله ، ويتيح لمن وجه إليه فرصة =



## ٦٢ - سقوط الإيجاب :

بيننا ، فيما سبق ، أن أثر الإيجاب في ذاته يقتصر على كونه مجرد عرض يتقدم به صاحبه ، أي الموجب ، إلى من يُوجه إليه ، أي الموجب له ، لإبرام الصفقة بينهما . وإذا كان للموجب ، كقاعدة عامة ، أن يرجع في

= مناسبة للتذكير . راجع في ذلك Mazzeaud ، المؤلف السابق الإشارة إليه ، نبذة ١٣٤ . وكذا هو الحال في القانون الفرنسي ، لم يكن في قانوننا المذق القديم نص على الإلزام للإيجاب عندما يقترن بمبادىء للقبول . ومع ذلك اتجه الفكر القانوني تحت ظله ، فقها وقضاء ، إلى القول بذلك للإلزام ( راجع السبوري - الوسيط ج ١ نبذة ١٠٣ ) .

وأمام عدم وجود نص في القانون الفرنسي وفي قانوننا المصري القديم يقرر إلزام الإيجاب المقترن بمبادىء للقبول ، حاول الفقهاء تأسيس هذا الإلزام على القواعد القانونية العامة . وفي هذا الصدد ثار الجدل حاداً وعنيفاً ، وتمددت الآراء . وأرجع بعض الفقهاء هذا الإلزام إلى إرادة الموجب المنفردة . ورأى البعض الآخر أن إلزام الإيجاب المقترن بمبادىء للقبول لا يرجع إلى الإرادة المنفردة للموجب ، بل إلى عقد يبرم بين الموجب والموجب له ، ويتضمن التزام الأول بالإبقاء على إيجابه طوال المبادىء للمحدد للقبول . فوفقاً لهذا الرأي ، ينطوي الإيجاب المقترن بمبادىء للقبول على إيجابين ، لا واحد فعسب . فهو ، إلى جانب اختياره لإيجاباً بالصفقة ذاتها ، يتضمن إيجاباً آخر بالإبقاء على عرض الصفقة على الموجب له طوال المدة المحددة . وهذا الإيجاب الأخير يتمتع عن مجرد منفعة للموجب له ، فسكوته ينفذ قبولاً بالنسبة إليه . وهكذا يقوم عقد غير مسمى ، يتفرم الموجب بمقتضاه بالإبقاء على إيجابه بالصفقة خلال المدة المحددة . ورأى فريق ثالث من الفقهاء أن الإيجاب المقترن بمبادىء للقبول لا يتولد عنه التزام ناشئ عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة ، ولكن رجوع الموجب عن إيجابه قبل فوات المبادىء الذي حدده ينطوي على فعل خاطئ يلزمه بتعويض الضرر الذي نشأ عنه للموجب له ، وقد يرى القاضى أن خير تمويض يحكم به هو اعتبار الإيجاب قائماً لم ينقض ، فيقوم العقد على أساسه إذا ما صادفه قبول الموجب له . وهكذا وصل هذا الرأي الثالث إلى فكرة الإبقاء على الإيجاب المقترن بمبادىء طوال مدته ، على أساس المسئولية التصديرية . والرأى الثالث هو أقل الآراء نجاحاً في فرنسا ، حيث انقسم الفقه والقضاء في مجموعهما بين الرأيين الأولين ، وإن كانت كفة الرأى الثانى أرجح ، بسبب عدم التسليم ، كبداً عام ، بأن للإرادة المنفردة أن تفتش الالتزام ، نتيجة عدم وجود نص في القانون الفرنسي . فيجوز هذه الفقرة بشكل قاطع . وكذلك كان الشأن تحت ظل قانوننا المثلث .

ولم تعد لهذا الجدل ، تحت ظل قانوننا الحالي ، أية قيمة عملية . والسبب في ذلك أن المادة ٩٣ منه تقطع بأن الإيجاب المقترن بمبادىء للقبول يقع ملزماً . وهذا أغنانا المشرع عن مثونة البحث في أساس لتقرير هذا الإلزام . ولم يكن هذا هو أمر قانوننا القديم ، ولا أمر القانون الفرنسي الحالي ، حيث جاء خالين من نص يقرر إلزام الإيجاب في حالتها ، فكان طبيعياً ، والحال هذه ، أن يبحث الفقهاء تحت ظلهما عن أساس لتقرير إلزامه فيما .



إيجابه طالما لم يقترن به القبول ، إلا أن لهذا الإيجاب في ذاته أثرًا جوهرياً هاماً . فطالما هو باق لم ينقض ، فهو يتيح للقبول أن يلحقه ، وبالتالي للعقد أن يقوم . ومن ثم كان من الأهمية البالغة أن نحدد متى يزول الإيجاب ، أو متى يسقط <sup>(١)</sup> ، إن قلنا له هذا المصير . لأن الإيجاب إن سقط ، وأقى القبول بعد ذلك ، فإن العقد لا يقوم ، وإنما يعتبر القبول إيجاباً جديداً موجهاً لصاحب الإيجاب الأصلي الساقط ، يقبله أو لا يقبله وفقاً يريد .

وإذا قام الإيجاب مكتملاً وجوده القانوني ، فإنه يسقط بواحد من الأمور الآتية :

١ - رجوع الموجب في إيجابه : فلموجب : كما بينا ، أن يرجع في إيجابه ، ما لم يكن مقترناً بميعاد للقبول <sup>(٢)</sup> . ولا يعتبر القبول مقترناً بالإيجاب إلا من الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، تطبيقاً لقاعدة أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره ، إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من

• وبرغم انتفاء الأهمية العملية ، تحت ظل قانوننا الحال ، البحث في أساس إلزام الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، فقد تعرض له فقهاؤنا . وقد انقسموا بصدده فريقين . تشيع أولهما للرأى الذي يرجع أساس الإلزام إلى الإرادة المنفردة ، قائلاً بأننا نوجد هنا أمام إحدى الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة ، لوجود نص يحولها هذه القوة ( السهرى ، الوسيط ج ١ نبذة ٢٠٤ - عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام ، نبذة ٨٧ - جمال زكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٤٣ ) . وتشيع الفريق الثانى للرأى الذى يرجع أساس الإلزام إلى فكرة العقد . والرأى الأول هو الصحيح .

(١) إن تعرض هنا لمقالة التي يبدل فيها الموجب عن إيجابه ، ويتصل عدوله هذا بعلم الموجب له قبل أن يتصل بعلمه الإيجاب نفسه أو في نفس الوقت . ففي هذه الحالة ، الإيجاب لا يسقط في الحقيقة . فعلى السقوط أن يقوم الشيء ثم يزول . أما في حالتنا ، فإن الإيجاب لم يتم أصلاً . إذ أن التعبير عن الإرادة ، كما بينا أكثر من مرة ، لا ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، وإنما باتصاله بعلم من وجه إليه . أما والفرض أنه قد عدل عن الإيجاب قبل اتصاله بعلم من وجه إليه أو في نفس الوقت ، فهو يعتبر أنه لم يتم أصلاً . وما لا يقوم أصلاً لا يسقط ، لأنه لا حاجة به إلى السقوط .

(٢) ويلاحظ أن تكرار الإيجاب من الموجب يعتبر رجوعاً عن الإيجاب الأول . وفي ذلك تقضى المادة ١٨٥ من المجلة بأنه : « تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثانى ... » .



وجه إليه . وهكذا يسوغ للموجب ، كقاعدة عامة ، أن يرجع في إيجابه إلى الوقت الذي يعلم فيه بقبوله من الموجب له .

٢- **رفض الموجب له الإيجاب** : يسقط الإيجاب بالضرورة إذا رفضه الموجب له . ويسرى هذا الحكم ، سواء أكان الإيجاب ملزماً للموجب : بسبب اقترانه بميعاد للقبول ، أم غير ملزم له ، لتجرده عن هذا الميعاد . فالإيجاب يوجه إلى الموجب له ، ليبت فيه برأيه . فإن رفضه ، سقط ، ولو كان له ميعاد وكان الميعاد لم يتقضى بعد ، حتى إذا ما عاد الموجب له بعد ذلك إلى ارتضاء الصفقة ، فإن رضاه هذا لا يعتبر قبولاً ، لأن القبول يوجه إلى إيجاب موجود ، ولم يعد هناك إيجاب ، بسبب سقوطه نتيجة رفضه السابق . ولكن رضاه الموجب له ، بعد سبق رفضه للإيجاب الذي وجه في البدء إليه ، يقع منه بمثابة إيجاب جديد .

ولرفض الإيجاب صور عديدة . فقد يأتي صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً ، كما أن القانون قد يقرره حكماً . وإذا تم الإيجاب في مجلس العقد أو بالتليفون أو بأي طريق آخر مماثل ، أي حال كون المتعاقدين يتناقشان بشأنه مباشرة ، بحيث يصل التعبير عن إرادة كل منهما للآخر بمجرد صدوره ، فإن الإيجاب يعتبر ، في أبعد الحدود ، مرفوضاً حكماً ، إذا انقض مجلس العقد . من غير أن يلحقه قبول ( المادة ٩٤ ) ، وذلك ما لم يكن قد رفض من قبل . ويستثنى من ذلك الحالة التي يقرن فيها الإيجاب بميعاد للقبول يستمر إلى ما بعد انقضاء مجلس العقد . وإذا تم الإيجاب عن طريق المراسلة ، اعتبر الإيجاب على أية حال مرفوضاً ، إذا لم يلحقه القبول في الوقت المعلوم الذي يبدى فيه الموجب له رأيه عادة ، وذلك ما لم يتضح اقترانه بميعاد أطول للقبول . ويلاحظ أن قبول الموجب له الصفقة ، بما يتضمن زيادة في الإيجاب المعروض عليه أو إنقاصاً منه أو تقييداً من إطلاقه أو تعديلاً فيه بأية صورة أخرى ، يعتبر رفضاً ضمناً للإيجاب الأصلي متضمناً إيجاباً جديداً ( المادة ٩٦ ) .



٣- يسقط الإيجاب إذا كان الموجب قد حدد لذاته بقائه ميعاداً ليبدى الموجب له خلاله رأيه فيه ، ثم فات هذا الميعاد من غير أن يصدر القبول . وفي هذه الحالة يزول الإيجاب كلية ، أى أنه يزول ، لا على اعتبار أنه إيجاب ملزم فحسب ، بل على اعتبار أنه إيجاب أصلاً ، وذلك ما لم يتضح غيره من نية الموجب . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد (١) .

وإذا كان الإيجاب المقترن بميعاد يحدده الموجب ، ليبدى الموجب له رأيه فيه ، يسقط بفوات هذا الميعاد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان أن نتبين إلى أى وقت يستمر الميعاد قائماً . وقد سبق لنا أن رأينا أن تحديد الميعاد الذى يقترن به الإيجاب قد يعجز صريحاً ، وقد يستخلص ضمناً من ظروف الحال . ولا صعوبة فى حالة التحديد الصريح للميعاد . ولكن الصعوبة تثور فى الحالة التى يتقدم فيها الموجب بإيجابه ، فى غير مجلس العقد ، دون أن يحدد ميعاداً صريحاً للقبول . حالة كون ظروف الحال وطبيعة المعاملة تشعر بأن الموجب أراد أن يترك وقتاً للموجب له ليبدى رأيه فى إيجابه إن قبولاً أو رفضاً . فهل يظل الإيجاب هنا قائماً إلى وقت غير محدد طالما أن الموجب له لم يرفضه ، أو أنه لا يبقى قائماً إلا إلى وقت معلوم ، وإذا كان الأمر الأخير ، فكيف يتحدد الوقت الذى يبقى خلاله الإيجاب قائماً ؟

والرأى عندنا أن الإيجاب ، بحسب الأصل ، لا يعطى من صاحبه منطلقاً ، أى بغير تحديد لزمان . وذلك ما لم يظهر غيره من نية الموجب . وهذا الحكم

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، تطبيقاً على المادة ١٣٠ منه ، التى أصبحت - بعد بعض التبدلات اللفظية المادة ١٣٠ - من القانون ما يأتى : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول ، متى حدد له ميعاداً ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لثابت أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصح الإيجاب غير ملزم فحسب ، بعد أن فقه ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يفهم بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تحصيله مع ما يطلب فى حقيقة نية الموجب .... » .



لا يعلو أن يكون تفسيراً لقصد الموجب ، في الأمم الأغلب من الحالات . فالموجب حينما يتقدم بعرضه ، في غير مجلس العقد ، إلى شخص يعلم أن ظروفه هو أو ظروف المعاملة نفسها تقتضي أجلاً ليندئ خلاله رأيه في عرضه بقصد بالضرورة أن يكون إيجابه محدداً بذلك الوقت لا يتجاوز (١) . وهذا

(١) وقد أخذت بالرأي الذي نقول به محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢ يولي ١٩٦٤ (طن ٢٩/١٨٧ ق ، مجموعة أحكام النقض ص ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٢٩) . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن إغوة ثلاثة تقدموا لإحدى شركات بيع الأراضي بطلب شراء قطعة أرض محددة بثمن معلوم ، دون أن يقرن طلبهم هذا (الذي اعتبر إيجاباً منهم بالشراء) بميعاد صريح لصدور القبول من الشركة . أراد طالبو الشراء التخلص من الصفقة بعد هبوط أسعار الأراضي إثر صدور قانون الإصلاح الزراعي ، فلفغوا يسقطون إيجابهم قبل أن يخطروا بقبول الشركة . وقد قضت محكمة الموضوع بأنه مادام الإيجاب قد وقع في غير مجلس العقد ، ومادام هو لم يقرن بميعاد محدد للقبول ، فإنه يبقى قائماً طوال الميعاد الذي يتبع لعرضه على مجلس إدارة الشركة ، وإخطار الموجبين بالرأي الذي ينتهي إليه هذا المجلس . وهكذا اعتبرت محكمة الموضوع أن الإيجاب في خصوصية الدعوى ، وإن لم يذكر له ميعاد محدد صريح ، إلا أنه قد اقترن ضمناً بميعاد غير محدد صراحة من الموجب ، فقامت هي بتحديد ميعاده مستخلصة إياه من طبيعة المعاملة وظروف الحال . وهذا الذي قالته محكمة الموضوع بارتكابه خطأ محقق محكمة النقض وأبطلته . وجاءت في حكمها تقول : « لقاضي الموضوع ، في حالة صدور الإيجاب لفائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضي فيما يستخلصه من ذلك كله وفي تقديره للوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها . والمحكمة ، وهي بسبيل استخلاص الميعاد الذي قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه . ولا تريب عليها إذا استظهرته من أقوال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب . كما أنه لا على المحكمة ، في حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة ، أن تستدل على قصدهم المتعدد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد » .

وهذا الذي قضت به محكمتنا العليا ، في حكمها الذي انتهينا حالاً من الإشارة إليه وأوردنا بعض عبارته ، والذي هو متفق تماماً مع حكم القانون . كانت المحكمة نفسها قد تماثلت معه في حكم سبق لها أن أصدرته منذ أقل من ستة ، وهو الحكم الصادر في ١٨ إبريل ١٩٦٣ (طن ٢٨/٥٢ ق ، مجموعة أحكام النقض ص ٩٥ ص ٥٥٠ قاعدة ٧٨- ) . وتتلخص الوقائع التي صدر فيها الحكم الأخير في أن إحدى الشركات تقدمت بمطالبة لمصلحة الجمارك لاستتجار بعض مخازن داخل الدائرة الجمركية بالسويس . ولم يتضمن المطالبة ميعاداً صريحاً لصدور القبول . جاءت محصلة الجمارك وقبلت المطالبة المقدم لها بعد مدة أربعة أشهر وعشرين يوماً . وهي مدة بالغة الطول على ما يظهر من



هو الذى تشير إليه المادة ٩٣ / ٢ بقولها : « وقد يستخلص الميعاد المحدد من الموجب للقبول » من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، وإذا كان هذا هو الأمر فى الأعم الأغلب من الحالات ، فإنه لا يقال بعكسه ، أى لا يقال بضرورة الإيجاب متطابقاً فى وقته . . أى إلى أن يبدى الموجب له رأيه فيه ، إلا إذا اتضح من ظروف الحال أن ذلك هو إرادة الموجب . فالذى يدعى بخلاف الظاهر الغالب عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه . وفق ما تقتضى به القواعد العامة فى الإثبات .

وإذا وصلنا إلى أن الموجب لا يقصد ، فى الحالة التى نحن بصدد حلها ، أن يكون إيجابه متطابقاً . بل يكون محدداً بميعاد معلوم ، فإن هذا الميعاد يتحدد وفق ظروف الحال وطبيعة المعاملة . وقاضى الموضوع هو الذى يقوم بهذا التحديد . وهو إذ يفعل ، لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يفصل فى أمر من أمور الواقع . ويدخل بذلك فى مطلق سلطته التقديرية ، طالما استند قضاؤه إلى أسباب ساقطة تحمله .

### ٦٣ - أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب :

تكلمنا فيما سبق (١) فى أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بوجه عام . ونريد هنا ، ونحن بصدد بيان حالات سقوط الإيجاب ، أن

مع دفعت الشركة بعدم انتقاد العقد لصدور القبول بعد سقوط الإيجاب المقدم منها . لم تأخذ محكمة الموضوع بدفع الشركة وقضت بقيام العقد ، تأسيساً على أن الشركة لم تكن قد عدلت عن إيجابها قبل أن يصدر القبول من مصلحة الجمارك . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع ، قائلة : « وهذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون . ذلك أنه إذا لم يعين ميعاد القبول ، لا يسقط الإيجاب إلا إذا عدل عنه الموجب . فإذا بقى على إيجابه حتى صدور القبول . . تم العقد بسلامة الإرادة ، ولا يجوز بعد ذلك التمتع من العقد أو التحلل من آثاره . وحكم محكمة العليا هذا حكمه جانباً التوفيق . وهو يخالف مع حكمها الصادر فى ٢ يولييه ١٩٦٩ ، والذى بدلنا به رسمه فى هذه الحاشية . . ذلك لأن عدم إقرار الإيجاب بميعاد لقبول لا يكون عند مجرد عدم ذكر هذا الميعاد صراحة ، وإنما يلزم أيضاً القول بذلك ألا تقل ظروف الحال على أن الموجب أراد أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه تلك الظروف . وكان على محكمة الموضوع ، بعد أن استدللت على عدم وجود الميعاد المبرر ، أن تبحث فيما إذا كان الموجب قد أراد ضمناً أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه ظروف الحال وطبيعة المعاملة من عدمه ، ثم فى تحديد هذا الميعاد الضمى إن كان . أما ولم تقبل فكان تخريباً بحكمها أن يقتضى الفساد فى الاستدلال .



نتبين أثر الموت أو فقد الأهلية عليه بالذات ، لتحديد ماإذا كان أى منهما يؤدى إلى سقوطه من علمه .

وثمة أمر أول لاصعوبة فى استخلاصه ، وهو أن الإيجاب يسقط بموت الموجب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول . ذلك لأن الإيجاب يوجه إلى الموجب له ليبدى رأيه فيه ، إن قبولاً وإن رفضاً . فإذا كان الموجب له قد مات أو فقد أهليته قبل أن يمت فى الإيجاب برأيه ، فإن الإيجاب هنا لن يقدر له أن يقبل منه ، فيصبح غير ذات موضوع ، فيسقط ويذول<sup>(١)</sup> . ولا يمكن هنا أن يقال إن رخصة القبول تنتقل من الموجب له إلى ورثته ، لأن الرخص بخلاف الحقوق لا تورث<sup>(٢)</sup> .

وثمة أمر ثان لاصعوبة فيه أيضاً ، وهو أن الإيجاب ، وإن كان يسقط كما بينا حالاً بموت الموجب له قبل أن يصدر منه القبول ، فهو لا يسقط إذا كان موت الموجب له أو فقد أهلية قد طرأ بعد أن يكون القبول قد صدر بالفعل منه ، حتى قبل أن يتصل بعلم الموجب . وهذا بطبيعة الحال مالم تكن شخصية الموجب له محل اعتبار فى التعاقد . ذلك لأن التعبير عن الإرادة ، وفقاً لما يقضى به القانون المصرى ، يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه ، إعمالاً للقاعدة التى أراد أن يتبناها ، وهى أن الإرادة لا تموت بموت صاحبها . وهكذا فإذا مات القابل ، بعد صدور القبول منه ، واتصل قبوله بعلم الموجب ، فإن العقد ينعقد ، ويلتزم به ورثته فى حدود تركته<sup>(٣)</sup> و<sup>(٤)</sup> .

---

(١) والأعمال التحضيرية لقانون المدف توكيد الرأى الذى وصلنا إليه فى المتن (انظر مناقشات لجنة المراجعة ، الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢) .

(٢) والرأى القائل بسقوط الإيجاب بموت الموجب له أو فقد أهلية قبل صدور القبول منه هو الرأى الذى يسود فى الفقه الإسلامى ، وأن مخالفه الأياضية ، حيث إنهم يجوزون تورثه الموجب له أن يقبلوا الإيجاب مكانه (شرح التل ٢٢٥/٨) .

(٣) راجع فى هذا المعنى : السجودى ، الوسيط ج ١ ، نفاة ٨٢ .

(٤) وهذا الحكم هو الذى يقول به الفقه الإسلامى ، لا تأسها على فكرة استغلال الإريحة عن صاحبها بمجرد التعبير عنها كما يقول بها القانون المصرى ، ولكن تأسها على فكرة أن التعبير عن الإرادة يتبع أثره فى الفقه الإسلامى بمجرد صدوره من صاحبه ، ويكون حابة إلى اتصاله بلمن من يوجه إليه ، غوطاً لا يقضى به القانون المصرى .



يبقى أمر ثالث ومؤداه أن يكون الموت أو فقد الأهلية قد دهم الموجب نفسه بعد أن صدر منه الإيجاب ، وقبل أن يتصل بعلمه القبول ، فهل يسقط الإيجاب هنا أو لا يسقط ؟

إذا نظرنا إلى الإيجاب في حد ذاته ، وجدنا أنه لا يتأثر ، في ظل قانوننا المصرى ، بموت الموجب أو فقدته الأهلية ، لأن التعبير عن الإرادة ، كما قلنا مراراً وكما نقضى المادة ٩٢ ، يستقل عن صاحبه بمجرد صلوره منه ، وحتى قبل أن يتصل بعلم من يوجهه إليه . ولكن الإيجاب ، من ناحية أخرى ، ليس في ذاته غاية ، وإنما هو وسيلة لقيام العقد ، إذا قدر له أن يلقى القبول . وهو ، في الحالة التي نحن بصددنا ، لن يلقى قبولاً من الناحية القانونية . ذلك لأن ارتضاء الموجب له الإيجاب لا يعتبر بمجرد ذاته قبولاً إياه ، تحت ظل قانوننا المصرى ، وإنما يلزم لذلك أن يتصل بعلم الموجب ، وهذا الانتصاف لن يحدث هنا بسبب مالحق الموجب من موت أو فقد للأهلية <sup>(١)</sup> . وهكذا ، فإن كان الإيجاب ، منظوراً إليه في حد ذاته ، لا يحس بموت الموجب أو فقدته الأهلية ، إلا أنه لن يكون له مع ذلك أثر في هذه الحالة ، لأنه يتمثل إيجاباً استصحب عليه أن يلقى القبول ، فكأنه يسقط هنا وإن كان بطريق غير مباشر <sup>(٢)</sup> . وقد رأى البعض أن الإيجاب في حالتنا لا يسقط إذا كان ملزماً للموجب بسبب اقترانه بميعاد محدد للقبول ، بمقولة إن الموجب هنا يتحمل بالتزام بالإبقاء على إيجابه قائماً ، وأن هذا الالتزام يتحمل به ورثته .

---

(١) انظر في ذلك : السهورى ، المرجع السابق نبرة ٨٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون الملق الجليل ، نبرة ٨٤ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، نبرة ٤٠ .

(٢) ولا يقبل هنا أن يقال ، كما ذهب البعض (راجع : سليمان مرقس ، الالتزامات ، نبرة ٨١ - عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبرة ٧٩ ) إن ورة الموجب يحلون محله في العلم بالقبول . ذلك لأن المادة ٨٢ تقضى بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ومؤدى ذلك أن يكون المقصود هو علم من يوجه إليه التعبير شخصياً . ثم إن العلم بالقبول ، شأنه في ذلك شأن العلم بلقى مدلول آخر للتعبير عن الإرادة ، هو مجرد وثيقة ملعية ، والواقع لا يمكن لها أن تورث .



بعد موته (١). وهذا الرأي يبدو لنا غير سديد. ذلك لأن انعدام أثر الإيجاب في حالتنا لا يرجع إليه نفسه ، كما أنه لا يرجع إلى إخلال من الموجب أو من ورثته ، وإنما هو يرجع إلى أمر آخر ، هو استحالة أن يلحقه القبول قانوناً . والسائد في الفقه الإسلامي أن الإيجاب يسقط بموت الموجب قبل أن يصدر القبول (٢).

### (ب) القبول

٦٤ - تكلّمنا فيما سبق في الإيجاب . والإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد . فإلى جانبه ، يلزم أن يتوافر القبول . إذ هذا يمكن أن يحصل التوافق بين الإرادتين . الذي هو قوام العقد .

والقبول هو ارتضاء الإيجاب من وجه إليه . بيد أنه يلزم ، لاعتبار إرادة من وجه إليه الإيجاب متضمنة قبولا إياه ، أن تجيء ، فيما ارتضته مطابقة له تماماً ، وذلك في كل المسائل التي تناوّلها الإيجاب ، دون تفرقة في هذا الصدد بين ما يعتبر من المسائل الجوهرية ، وما يعتبر من المسائل التفصيلية الثانوية . فإدام الموجب قد عرض في إيجابه لأمر معين ، حتى لو كان من بينها ما هو ثانوي . فإن القبول لا يقع . إلا إذا تناول الرضاء هذه الأمور جميعها . دون تفریق . فإن وقع خلاف بين الإيجاب وبين ما قصده الموجب له . أباً ما كان مداه أو موضوعه . ما اعتبرت إرادة هذا الأخير متضمنة قبولا للإيجاب الذي وجه إليه ، بل على النقيض من ذلك . تعتبر رفضاً لهذا الإيجاب متضمنة إيجاباً جديداً . وفي ذلك تقضى المادة ٩٦ مدني بأنهم : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده لم يردده فيه ، باعتبار رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

(١) راجع : تعيد المنعم الضمان ، فلولج المناق تيمكة ١٩٢٩ - عبد الحى حطيطعة ، وثيقة ٣٣٢ .  
ب (٢) وهذا هو تعقب الحقيقة ( وهذا المختار ، لاين : قاضين ١٩٢٩ ) ، والشافعية لا ينفى الخلل .  
١/٢ (٣) ، ما كانا تالفة . ( المختار لاين : قاضية ١٩٢٩ ) ، وللشافعية لا ينفى يقد . فقد الإمام : جعفر .  
١/٣ (٤) « وهذه المذهب تقيم سقوط الإيجاب بموت الموجب أو بفقده أجليه على أساس إيجاب »  
الموجب في الرجوع فيه ، اعتباراً بأنه يتصور عندئذ إعمال هذا الخلل . لاين : قاضية ١٩٢٩ .



فأساس القبول هو مطابقتها للإيجاب تمام المطابقة ، وذلك في كل الأمور التي يتناولها ، وذلك حتى لو كان من بين هذه الأمور ماهو ثانوي ، فإن وقع في شيء من ذلك كله خلاف بين الإيجاب وبين إرادة الموجب له ، بأن زادت فيه أو أنقصت منه أو قيدت من إطلاقه أو عدلت فيه بأية طريقة كانت ، فإن تلك الإرادة لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب السابق ، بل إنها تعتبر رفضاً له . متضمنة إيجاباً جديداً <sup>(١)</sup> . فإذا أوجب زيد ، مثلاً ، أن يشتري من بكر جواده بألف ، فارتضى هذا الأخير أن يبيعه إياه بألف ومائتين ، فإن إرادة بكر لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب الصادر من زيد ، بل تعتبر رفضاً له . بيد أن إرادة بكر هنا ، وإن اعتبرت رفضاً للإيجاب الصادر من زيد بالشراء بألف ، فإنها تتضمن في نفس الوقت إيجاباً جديداً موجهاً إلى زيد بالبيع له بألف ومائتين . فإذا قبل زيد الشراء بهذا القدر ، انعقد البيع على أساسه . وإذا أوجب خالد أن يبيع منزله لعمر ومائة ألف ، فارتضى هذا الأخير الشراء بتسعين ألفاً ، فإن إرادة عمرو لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب خالد .

(١) انظر نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ، طعن ٢٤/١٨٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٤١ قاعدة ٩٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « كان الرأي مستقراً إلى ما قبل العمل بالقانون المدني الجديد على أن كل قبول يطوى على ما يمدل في الإيجاب يكون بمثابة إيجاب جديد . وهو ما أقره المشرع في المادة ٩٦ من القانون المذكور . وإذن فمق كان قبول الشركة المظنون عليها ، وقد اقترن بشرط جديد لم يتضمنه إيجاب الشركة الطاعة ، فإنه يعتبر رفضاً لهذا الإيجاب ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ... » .

وانظر نقض ٢ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٤٢ ق ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٥٣ . قاعدة ٩٣ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط قانوناً لانتقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب . فإذا جاء القبول بما يمدل في الإيجاب ، فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا يعتد به العقد . إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب الساتفة التي أوردتها إن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه ... ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينتقد أصلاً بين الطرفين ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون » .

وانظر أيضاً نقض ٩ نوفمبر ١٩٦٥ ، طعن ٣٠/٣٥٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٣٨٩ قاعدة ١٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يجب تمام الاتفاق وانتقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب . أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تبديلاً عقلاً العقد لا يتم . ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ... » .



بل رفضاً له . وهي في نفس الوقت تتضمن لإيجاباً جديداً موجهاً إلى خالد بالشراء منه بتسعين ألفاً . فإن قبل خالد البيع بهذا المبلغ الأخير ، قام البيع به . وإذا أوجب صالح أن يبيع لإبراهيم سيارته بخمسمائة تدفع فوراً ، فارتضى هذا الأخير الشراء بهذا المبلغ ، على أن يؤجل دفع جزء منه قل أو كثر ، فإن رضاه هذا لا يعتبر قبولاً لإيجاب صالح ، بل رفضاً إياه متضمناً لإيجاباً جديداً موجهاً إلى صالح ، بشراء السيارة منه على أساس إرجاء دفع الجزء الذي حدده من الثمن ، فإن قبل صالح هذا الإيجاب قام البيع على أساسه (١) .

وبيان ما إذا كان القبول مطابقاً للإيجاب من عدمه مسألة واقع ، ويدخل

(١) وهناك ، في السبل ، فروض جد نادرة يلقى فيها الحكم . ونفى بها تلك التي نجى فيها إرادة القابل بما هو أكثر نقضاً للموجب مما أوجب به ، كما إذا أوجب زيد البيع بألف ، فقال خالد اشتريت بألفين ، أو بدأ خالد الكلام قائلا اشتريت بألفين ، فرد عليه زيد قائلا « بعت بألف » . والرأى السائد في الفقه الحنفى أنه إذا أوجب البائع بأن يبيع بشئ محدد ، ثم جاء المشتري فقل الصفقة بشئ أزيد ، انعقد البيع بالمبلغ الأقل ( أي بالألف في مثال زيد وخالد الذي ضربناه أولاً ) ، ما لم يتضح أن البائع قد قبل الزيادة التي عرضها المشتري . أما إذا جاء الإيجاب من المشتري ، ثم تبس القبول من البائع متضمناً ثمناً أقل ، انعقد الشراء بالثمن الأقل بدون اعتبار لزيادة المشتري (انظر في هذه المسألة ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ - الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٧ ) .

وقد تبنت المحلة هذا الحكم صراحة في المادة ١٧٨ ، التي جاءت تقول : « تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً . فلو قال البائع للمشتري بمتك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش ، انعقد البيع على الألف . إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس ، يلزم المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً : وكذلك لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعتك بتأتمائة قرش ، انعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا أردنا أن نتصرف على حكم المسألة التي نحن بصددنا في ظل القانون المعاصر عامة وفي ظل القانون المصري خاصة . رأينا أن المسألة مناهضة دوماً وجوب التطبيق للكامل بين الإيجاب والقبول ، على نحو ما بين من ظروف الحال . فإذا أوجب ، مثلاً ، زيد البيع بألف ، فقبل بكثر أن يشتري بألفين ، فإن الحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون يكر قابلاً للإيجاب ( البيع بألف ) ، ولم يرد بالزيادة إلا تأكيد قصده ، فهنا يقوم البيع على الألف ، اعتباراً بأن يكر قد قبل الإيجاب بألف ، فقام التطبيق بين الإيجاب والقبول . وإما أن يكون قاصداً ألا يشتري إلا بألفين ، وهنا يصير رده برفضاً للإيجاب فلا يقوم البيع بالألف . ولكن هذا الرد من يكر يتضمن إيجاباً جديداً بالشراء بألفين . فإن قبله زيد ، ثم البيع بالألفين .



بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه في شأنه لمحكمة  
النقض ، مادام تقديره يقوم على أسباب سائفة تحمله <sup>(١)</sup> .

#### ٦٥ - خيار قبول الإيجاب أو رفضه :

رأينا أن قبول الإيجاب ضروري لقيام العقد . ولئن توجه إليه الإيجاب  
كامل الحرية في أن يقبله أو يرفضه ، دون ما إلزام عليه في هذا أو في ذلك .  
فالأمر ، في الأصل ، أمره ومترك لتقديره <sup>(٢)</sup> .

#### ٦٦ - إلى متى يصبح صدور القبول :

يسوغ لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله في أي وقت ، بشرط أن يتصل  
قبوله بلمل الموجب حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا سقط الإيجاب ،  
لأي سبب من الأسباب التي بينها فيما سبق <sup>(٣)</sup> ، قبل حصول القبول ، ومعنى  
أدق : قبل وصول القبول إلى علم الموجب ، وقع هذا القبول غير  
ذو موضوع ، لأنه لا يصادف قبولاً قائماً ، ومن ثم لا ينعقد العقد .

على أن الرضاء الذي يصلر من الموجب له : بعد أن يكون الإيجاب  
قد سقط : وإن لم يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب الساقط . إلا أنه يعتبر من صاحبه

---

(١) راجع : نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ونقض ٢ مايو ١٩٦٢ . وقد سبق الإشارة  
إليها .

(٢) فالأصل أن رفض الموجب له الإيجاب لا يشل مسئولية يشي ما . لأنه يعتبر في ذلك  
مستملاً رخصة ثابتة له . ومن يستعمل رخصة غوها إياه القانون لا يخلو . بيد أنه ، في بعض  
الأحيان ، يعتبر الموجب له خارجاً عن الرخصة الممنوحة إياه في قبول الإيجاب أو رفضه ، أو في  
الأقل مستملاً في استعمالها ، إذا رفض الإيجاب من غير أن يكون له مبرر مقبول يذهب إليه .  
ويقع هذا الأمر ، إذا كان الإيجاب قد قدم إلى الموجب له ، بناء على دعوة سابقة منه ، استجبت بها  
الموجب على أن يتقدم له بإيجابه . وهنا يعتبر رفض الإيجاب خطأ ، من شأنه أن يشل مسئولية  
الموجب له التصيرية ، تأسيهاً على أنه ارتكب عملاً غير مشروع ( راجع ما سبق ، نبة ٥٩  
وهامش (١) الوارد في ص ١٢٦ ) . ويلاحظ أن القانون اللبناني قد صرح بهذا الحكم ( المادة  
١٨١ ) ، من غير أن يكون ثمة مقتضى في الحقيقة لتفتيته ، وهذا يظهر من مظاهر النزعة الفقهية  
التي جاء قانون الموجبات والوفود اللبناني متسماً بها .

(٣) راجع ما قلناه في شأن سقوط الإيجاب ، نبة ٦٢ و ٦٣ .



بمثابة إيجاب جديد موجه للموجب الأصلي . فإن قبله هذا الأخير ، قام العقد . ومثال هذه الحالة أن يوجب زيد بأن يبيع بيته بكر مائة ألف جنيه . ويحدد له مدة أسبوع لصدور قبوله . ثم مضى الأسبوع . وبعد ذلك يعلن بكر لزيد رضاه بالشراء . هنا يعتبر إيجاب زيد قد سقط لقوات الميعاد المحدد ، دون صدور القبول خلاله . فرضاء بكر بالشراء لا يعتبر قبولاً يتم به البيع ، لأنه لم يصادف إيجاباً قائماً ، أى أنه جاء غير ذى موضوع . ولكن هذا الرضاء من بكر ، وإن لم يعتبر قبولاً للإيجاب السابق صدوره من زيد ، إلا أنه ينطوى بصدوره على إيجاب جديد بالشراء . فإذا جاء زيد وقبل هذا الإيجاب من جديد ، انعقد البيع .

ويلاحظ ، كما سبق لنا أن بينا <sup>(١)</sup> ، أن القبول لا يسقط بموت القابل أو بفقد أهليته ، حتى إذا طرأ قبل أن يتصل بعلم الموجب . ولكنه يسقط بالضرورة إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل بعلمه ، اعتباراً بأنه لن يعتبر هنا قبولاً من الناحية القانونية .

### (ج) ارتباط القبول بالإيجاب

٦٧ - لا يمكن ، لحصول التوافق بين الإرادتين الذى هو قوام العقد ، أن يتوافر هناك إيجاب وقبول . بل لابد للذين من أن يرتبط أحدهما بالآخر . وهذا لا يكون ، إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب ، حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا كان الإيجاب قد سقط ، لسبب أو لآخر ، عند صدور القبول ، أوحى لو كان الإيجاب قائماً عندئذ ، ولكنه سقط قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب ، فإنه لا يحصل ارتباط القبول بالإيجاب ، ومن ثم لا يقوم العقد . إذ أن القبول هنا لا يصادف عملاً ، بسبب زوال الإيجاب قبل أن يتوافر له وجوده القانونى .

ويحصل ارتباط الإيجاب بالقبول فى العمل على إحدى صور ثلاث :  
فهي إما أن يحصل فى مجلس العقد ، وإما أن يحصل عن طريق المراسلة .

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٦٢ .



أو مافى حكمها ، وإما أن يحصل عن طريق الهاتف أو ما يما يشابهه . وتتناول كلام من هذه الصور فيما يلي :

٦٨- (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين :

الصورة الأولى ، وهى الغالبة فى العمل ، أن يحصل توافق الإرادتين ، المتمثل فى ارتباط الإيجاب بالقبول ، فى مجلس العقد ، وهذا هو التعاقد بين الحاضرين .

٦٩ - المقصود بفكرة مجلس العقد فى الفقه الإسلامى وفى القانون المصرى : مجلس العقد اصطلاح شرعى ، قال به الفقه الإسلامى ، وأخذ به قانوننا المدنى المصرى <sup>(١)</sup> . وهو يعنى اجتماع المتعاقدين فى نفس المكان والزمان ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة ، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل . وهو يبدأ بتقديم الإيجاب . أما انتهاءه ، فيقع بأحد الأمرين الآتين : (١) الرد على الإيجاب ممن وجه إليه ، إن قبولاً فينتقد العقد ، وإن رفضاً فيزول الإيجاب . (٢) انقضاء المجلس من غير رد على الإيجاب ، حيث يعتبر الإيجاب هنا مرفوضاً حكماً .

وينفص مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما . ولكنه يعتبر منفصلاً كذلك ، ولو لم يرح العاقدان المكان ، إذ شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل .

ويقوم مجلس العقد ، فى الفقه الإسلامى ، على وحدة المكان ووحدة الزمان . ومؤدى ذلك ضرورة أن يصلر الإيجاب والقبول فى نفس المكان ، وفى نفس الجلسة .

---

(١) ومن خلال القانون المدنى المصرى أخذت كل قوانيننا العربية الأخرى إلى استوحه بفكرة مجلس العقد ، كالقانون السورى ( المادة ٩٥ ) ، والقانون الليبى ( المادة ٩٤ ) ، والقانون المدنى الكويتى ( المادة ٤٦ ) ، والقانون المدنى العراقى ( المادة ٨٢ ) .



ومجلس العقد أمر أساسي في الفقه الإسلامي . إذ يلزم أن يحجى الإيجاب والقبول فيه . وهو ما يسمى بوحدة المجلس .

ووحدة المجلس ، في جميع مذاهب السنة ، على الأقل ، شرط لانعقاد العقد . بمعنى أن العقد لا ينعقد ، إلا إذا حصل كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فلو أن شخصاً أوجب ، مثلاً بيع داره لآخر ، حالة كونه غير موجود معه ، ثم علم هذا الآخر بعرض البائع قبله ، ما انعقد البيع ، طالما أن علم المشتري بالإيجاب بالبيع قد تم عن غير طريق تبليغه به بواسطة رسول أوفده له البائع أو كتاب بعث به إليه (١) .

وضرورة انعقاد العقد في مجلس العقد ، على نحو ما يقول به الفقه الإسلامي فكرة لا غبار عليها في ذاتها . بل إنها تستهدف غاية مفيدة ، وهي ضمان توافق الإيجاب والقبول على نحو لا يثير الشك والاضطراب . فالغالب في التعبير عن الإرادة ، في عهد الشريعة الإسلامية الأول ، أنه كان يحصل بالمشافهة . وقد نحس أن يثور الشك حول مدلول الألفاظ والعبارات التي يدلى بها المتعاقدان ، وبالتالي حول مدى تطابق الإيجاب والقبول بينهما . لو تباعدا أحدهما عن الآخر ، في الزمان والمكان . ولعل هذا هو السبب الذي حدا بالفقه الإسلامي إلى أن يقول بفكرة « مجلس العقد » . وأن يشترط وحدة المجلس لانعقاد العقد (٢) .

(١) أما إذا حصل تبليغ المشتري بإيجاب البائع عن طريق رسول أوفده هذا إليه أو رسالة بعث بها ثم قبله ، فإن الحكم يختلف ، إذ أن البيع هنا ينعقد ، اعتباراً من فقهاء المسلمين بقيام مجلس عند حكى يبدأ بتبليغ الرسالة من الرسول أو بقراءة الكتاب الذي يتضمنها .

(٢) انظر في هذا المعنى Linant de Bellefonds في مؤلفه *Traité de Droit Musalmean Comparé* نبذة ١٦٨ . وقد أجرى المؤلف الفقيه مقارنة ، في هذا الصدد ، بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني . ورأى أن الشريعتين متفقتان في وجوب أن يتم العقد في نفس المكان وفي نفس الجلسة . إلا أن هذا الوضع اقتضى ، في ظل القانون الروماني تمشياً مع الشكلية التي كانت تسود ، حيث كان يلزم اتباع شكل خاص في انعقاد العقد . أما في الشريعة الإسلامية ، فلا مجال فيها للشكلية إلا في حدود بالغة الضيق ، ويسوغ فيها إبرام العقد بأي طريق ، ولو مجرد تبادل الألفاظ والمبازات . ولكن خشية وقوع الخطأ في مدلول العبارات والألفاظ اقتضت وحدة المجلس . وهكذا يظن المؤلف إلى أن وحدة المجلس اقتضاها ، في القانون الروماني ، الإفراط في الشكلية ، في حين أنها ، في الشريعة الإسلامية ، وجدت لتواجه الإفراط في الرضائية .



بيد أن بعض فقهاء المسلمين، وعلى الأخص الحنفية منهم، تماذوا في إرساء فكرة مجلس العقد على وحدة المكان والزمان، على نحو لا يخلو من الإسراف والبسط، ولا يمكن أن يكون متسقاً مع الروح السمحة للشرعية الإسلامية ولا مع الأصل الأساسي العريق الذي يسودها، وهو مبدأ الرضائية في إبرام العقود<sup>(١)</sup>، والتحرر من الأشكال البالية التي كانت معهودة في غيرها من شرائع الأمم. فقد وصل فقهاء الحنفية إلى القول بأن أي تغيير في موقف العاقدين أو في مكان وجودهما، ولو كان يسيراً، ينهي مجلس العقد، ويحول بالتالي دون انعقاد العقد. فلو أن الإيجاب قد صدر، مثلاً، حالة كون المتعاقدين جالسين، فوقف الموجب له وقال: «قبلت»، فإن العقد لا ينعقد<sup>(٢)</sup>، لصنوع القبول بعد انقضاء المجلس. وجاء في بدائع الصنائع للكاساني أنه إذا تابع رجلان وهما عشيان، أو عتيطان دابتين، أو حتى دابة واحدة، ولم يأت الإيجاب والقبول منهما متصلين، بأن كان بينهما فاصل وإن قل. فإن العقد لا ينعقد، اعتباراً بأن وحدة المكان قد زالت، ولا تفصال الإيجاب عن القبول في المكان<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن هذا إغراق في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية، كما يقول بحق الأستاذ الفذ السهوري<sup>(٤)</sup>.

وهناك مذاهب أخرى في الفقه الإسلامي، وعلى الأخص المذهب الحنبلي والمذهب المالكي، جاءت بعيدة عن الإغراق في الشكلية والإسراف في أعمال وحدة المكان، فرأت أن مجلس العقد يبقى منعقداً، حتى ينقض بالمفارقة الجسدية، أو بأي قول أو فعل يقوم مقامها، وفقاً لما تعارف عليه الناس.

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٢ ص ٧.  
(٢) راجع بدائع الصنائع، ج ٥ ص ١٣٦ - فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ وما بعده.  
وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧.

(٣) والمجيب في الأمر أن صاحب البدائع يستلزمه فيقول: «ولو تأيما وهما في سفينة ينقض، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران (يقصد الإيجاب والقبول) متصلين أو منفصلين بخلاف المثلث على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بغيراته».

(٤) انظر: السهوري، المربع العاقد ج ٢ ص ٩.



وقد أخذت «المجلة» بفكرة مجلس العقد ، وتكلمت عنه في باب البيع ، وأسمته «مجلس البيع» ، وذلك في المادة ١٨١ منها ، التي جاءت تقول : «مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع» . ويبدو لنا أن «المجلة» لم تنشأ أن تسير الفقه الحنفى التقليدى في تزمته بالنسبة إلى وحدة المكان . فالهم عندها هو انصراف المتعاقدين ، في اجتماعهما ، إلى التعاقد ، من غير أن يشغلهما عنه شاغل . أما وحدة المكان ، بالشكل المترتبة المسرف الذى يقول به الحنفيون التقليديون ، فليست لازمة .

وكما هو الحال تماماً في الفقه الإسلامى التقليدى ، نجعل «المجلة» من وحدة المجلس ، أى من ضرورة حصول توافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد ، شرطاً لانعقاد العقد <sup>(١)</sup> .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة مجلس العقد . بيد أن مدلول «مجلس العقد» ، تحت ظله ، لا يعنى أكثر من اجتماع العاقدين ، حال كونهما منصرفين إلى التعاقد ، لا يشغلهما عنه شاغل ، وبشرط أن يكون اتصال أحدهما بالآخر مباشراً ، أى أن يتم بغير طريق رسول ، وسيان بعد ذلك أن يكون وضعهما على نحو أو على آخر .

وإذا كان قانوننا المصرى قد أخذ بفكرة «مجلس العقد» ، إلا أنه لا يأخذ بها إلا من حيث إن الإيجاب يستمر قائماً في أبعد حدوده طوال قيام المجلس ، وإن كان لصاحبه أن يرجع عنه طالما بقى إيجاباً ، ومن حيث إنه يسوغ للقبول أن يصدر في أى وقت طوال انعقاد المجلس ، بشرط أن يظل الإيجاب قائماً حينئذ . فهو لا يذهب إلى أبعد من ذلك . وعلى الأخص ، هو لا يجعل من وحدة

---

(١) ولم تصرح «المجلة» بما يفيد أن وحدة المجلس شرط لانعقاد العقد ، في الباب المخصص لعقد البيع ، وهو الباب الذى جرت عاداتها أن تذكر فيه أكثر الأحكام العامة التي تخص البيع وتخص غيره من العقود . ولكنها صرحت بذلك في باب الإيجاب . حيث جاءت المادة ٤٤٤ تقضى بأنه : «يشترط موافقة الإيجاب والقبول وانعقاد مجلس العقد في الإيجاب كما في البيوع» .



المجلس شرطاً لانعقاد العقد<sup>(١)</sup> ، كما يقول بذلك الفقه الإسلامى وتقضى به المحلة . وآية ذلك أنه ، إلى جانب أنه يبين التعاقد بالمراسلة ( المادة ٩٧ ) ، وعن طريق الهاتف أو التليفون ( المادة ٩٤ ) ، فهو يجيز ، في حالة الإيجاب المترن بميعاد للقبول ، حتى لو قدم خلال قيام مجلس العقد ، أن يترأى صدور القبول إلى حلول هذا الميعاد ( المادة ٩٤ ) .

#### ٧٠ - كيف يتم التعاقد في مجلس العقد :

حدثنا ، فيما سبق ، المقصود باصطلاح « مجلس العقد » . وعلمنا الآن أن نوضح كيف يتم التعاقد في مجلس العقد .

يبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب ، كما أسلفنا . وإذا قدم الإيجاب ، نهض صاحباً لأن يقترن به القبول . ولكن إلى أى وقت يسمح للإيجاب أن يترأى القبول ؟ وبعبارة أخرى ، إلى متى يسوغ للقبول أن يصدر ؟

في الفقه الإسلامى ، نزعتان مختلفتان . قالشافعية يقولون بالفور<sup>(٢)</sup> ، بمعنى وجوب أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب ، وإلا اعتبر هذا الإيجاب مرفوضاً . وأما النزعة الثانية ، وهى النزعة السائلة في الفقه الإسلامى

---

(١) ويلاحظ أنه قد وردت في مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١٣١ من القى أصبحت بذات صيغتها تقريباً المادة ٩٤ من القانون ؛ يلاحظ أنه قد وردت في تلك المذكرة عبارة من شأنها أن تثير الالبس . فبعد أن أوردت المذكرة أن المشروع آثر أن يأخذ بمذهب الحنفية القائل يعلم ضرورة فورية القبول ، وأن هذا القبول يمكن له أن يترأى إلى ما قبل انقضاء مجلس العقد ، ما لم يكن الموجب قد رجع عن إيجابه قبل ذلك ؛ بعد أن أوردت المذكرة ما سلف ، جاءت تقول : « وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد » . فعبارة « اتحاد مجلس العقد » التى أوردتها المذكرة قد تثير في ذهن فكرة « وحدة مجلس العقد » ، التى هى في كل مذاهب السنة ، حتى من قال منها بفورية القبول ، كالشافعية والمالكية ، شرط لازم لانعقاد العقد وفى الأقل لصحة . وليس ذلك وارداً على الإطلاق في قانوننا المصرى . ومن حسن الحظ أن المذكرة الايضاحية قد تحفظت في عبارتها القائلة بأن المشروع قد أخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد ، مقيّدة هذا الحكم بعبارة « وفي هذه الحدود » ، التى في حدود عدم ضرورة فورية القبول في القبول .

(٢) جاهد في يذائع الصناعات لككاسان ( وهو من أهمات الفقه الحنفى ) ما يأتى « وعند الشافعى رحمه الله القبول . . . شرط لا ينقذ الركن بدونه » .



ويقول بها ، على الأخص ، الحنفية <sup>(١)</sup> ، فؤداها أن الفور غير لازم ، وأن الإيجاب ، طالما أن صاحبه لم يرجع عنه : يبقى إلى آخر مجلس العقد ، وأن القبول يصح أن يلحقه إلى هذا الوقت ، مع ملاحظة أن مجلس العقد لا ينقض ، كما سبق لنا أن بينا ، بالمفارقة الجسدية فحسب ، بل أيضاً بكل ما يشغل العاقدين عن التعاقد بشاغل .

وقد جاءت صياغة المادة ٩٤ مفرقة في العيب . فظاهر النص يخلط بين الترتين الفورية والمستمرة إلى انقضاء مجلس العقد . فتلك المادة تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل . ٢ - ومع ذلك يتم العقد . ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن يفرض مجلس العقد » . والفقرتان السابقتان تبدوان في ظاهرهما متعارضتين . فؤدى الفقرة الأولى ، لو أخذت بحرفيتها ، أن الإيجاب يسقط إذا لم يصدر القبول فوراً ، في حين أن مؤدى الفقرة الثانية أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس ما لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عنه . ولا بد من تفسير الفقرتين على نحو يرفع التناقض بينهما . وخير سبيل نراه لذلك أن نعتبر الفقرة الثانية مرسية للأساس . وهو أن الفورية ليست ضرورية ، وأن الإيجاب يبقى مترتباً بالقبول إلى انقضاء مجلس العقد ، ما لم يثبت أن صاحبه قد رجع عنه . أما الفقرة الأولى . فنفسر على أن المشرع يضع بها قرينة على أن الموجب قد رجع في إيجابه إذا لم يصادفه القبول فوراً ، وهى قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات أن هذا الرجوع

(١) وقد أخذت « الحلة » هذه النزعة الأخيرة ، فأجازت أن يأتى القبول في أى وقت إلى نهاية مجلس العقد . وفى ذلك تقضى المادة ١٨١ بأنه « المتبايعان بالتبايع بعد الإيجاب إلى آخر المجلس مثلا لو أوجب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بعت هذا المثل أو اشتريت ، ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت ، بل قال ذلك سراجياً قبل انتهاء المجلس ، يتخذ البيع وإن طالت المدة » .



لم يقع . وهذا التفسير يمكن له أن يتمشى مع عبارة الفقرة الثانية التي تقول ما مؤداه أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس « إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول » .

وواضح من نص المادة ٩٤ أنها تمنح الخيار للعاقدين كليهما . ولكنه خيار متغاير بالنسبة إلى موضوعه . فهي تمنح للموجب خيار الرجوع في إيجابه ، طالما أن القبول لم ينحقه . وتمنح للموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه ، وهو ما يسمى بخيار القبول . وهذا الخيار وذلك لتحديدان بانفصاض مجلس العقد .

#### ٧١ - (ب) التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين :

تتم صورة جد شائعة في التعاقد ، لاسيما في المعاملات التجارية ، وهي من بعد صورة يزداد شيوعتها يوماً بعد يوم ، على أثر ازدهار التجارة وتقدم العلم وتكنولوجيا العصر . وهذه هي صورة التعاقد بالمراسلة . سواء أتم عن طريق إيفاد رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذاك ، أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد . أو عن طريق البرق أو التللكس أو مايشبههما من وسائل الاتصال الأخرى . وسمية هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين ، دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته ، الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن ، تطول أم تقصر ، بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر .

والتعاقد بالمراسلة يثير مسألتين بالغى الأهمية ، تتمثل أولاهما في تحديد وقت قيام الإيجاب بالعقد ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه قائماً وكيف يتم للعقد قيامه . وتتمثل المسألة الثانية في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة . وسوف نعرض لهاتين المسألتين على التوالى ، وذلك فيما يلى :

#### ٧٢ - قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه في التعاقد

بالمراسلة :

أول مسألة يمكن للتعاقد بالمراسلة أن يثيرها ، بل لعلها أهم مايمكن له



أن يشره من مسائل ، تتمثل في تحديد وقت قيام الإيجاب ، ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصاً القبول .

وقد جرت العادة في أغلب قوانين الدول المختلفة ، عربية كانت أم أجنبية على إغفال التعرض بطريق مباشر لحكم هذه المسألة ، على جليل خطرها وأهميتها القصوى . وقد سار قانوننا المصري في هذا الاتجاه ، فلم يتضمن نصاً يصرح بالحكم الذى ينظم الموضوع الذى نحن بصددده (١) . مكتفياً بنص المادة ٥٧ ، التى عرضت لبيان حكم التعاقد بين الغائبين من حيث تحديد زمان ومكان انعقاد العقد .

بيد أنه إذا كان مشرعنا لم يعرض للتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين ، من حيث قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه وكيفية قيام العقد ، فلأن حكم هذه الأمور كلها لا يستعصى تحت ظله . إذ أنه يمكن الوصول إلى هذا الحكم فى سر واطمئنان عن طريق أعمال المادة ٩١ المتعلقة بأثر التعبير عن الإرادة ، والمادة ٩٣ الخاصة بالإيجاب الذى يصير ملزماً للموجب نتيجة اقترانه بميعاد محدد للقبول .

ومؤدى هاتين المادتين أن العرض الذى يبعث به الراسل لا يرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، إلا بعد علم المرسل إليه به ، مع ملاحظة أن وصول العرض إلى المرسل إليه يقوم قرينة على علم هذا به ، ما لم يتم الدليل على العكس ( المادة ٩١ ) . على أنه يلاحظ ، إعمالاً لحكم المادة ٩١ ، أن العرض لا يعتبر إيجاباً البتة برغم وصوله إلى الموجب له بل وعلمه به ، إذا كان قد وصل إليه عدول عنه من الموجب قبل وصوله هو ، أو فى ذات وقت وصوله (٢) .

فلأن وصل العرض إلى الموجب له ، من غير أن يستطيع هذا إثبات عدم

---

(١) تضمن المشروع التمهيد نصاً يصرح بحكم التزام المرسل إليه بإيجابه ومداه الزمن ، وهذا هو نص المادة ١٣٢ التى جاءت تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر » .

(٢) راجع ما سبق ، بقية ٥٢ .



علمه به ، وأن عدم علمه هذا لا يرجع إلى تقصير منه <sup>(١)</sup> ، ودون أن يصله قبل ذلك العرض أو في نفس الوقت ، علول عنه ، تمثل إيجاباً . وهو إيجاب ملزم للموجب ، حيث يلتزم بالإبقاء عليه قائماً طوال الفترة التي حددها لبقائه ، إن حدد لتلك فترة معينة ، فإن لم يفعل ، بقي إيجابه ملزماً طوال الفترة المقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له <sup>(٢)</sup> . وابداء هذا رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب . ووقوع الإيجاب هنا ملزماً للموجب لا يعلو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٩٣ والفاية فبالترام الموجب بإيجابه إذا حدد ميعاداً لقبوله ، أو اقتضت هذا لميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة .

ففي التعاقد بالمراسلة ، إذا قام الإيجاب ، التزم صاحبه بالإبقاء عليه فترة من الزمن ، لا اعتبار أنه يتضمن ميعاداً للقبول . فلا يجوز للموجب أن يرجع عنه خلال تلك الفترة ، ولكنه ينقضي بفواتها ، إن لم يلحقه القبول قبل ذلك . وهذه الفترة من الزمن ، التي يبقى الإيجاب خلالها قائماً ، إما أن تكون قد تحددت من الموجب تحديداً صريحاً ، وإما أن يكون هذا قد سكت عن تحديدها . فإن كان الأمر الأول ، بقي الإيجاب قائماً ، خلال الفترة المحددة . وإن كان الأمر الثاني ، وكان الموجب قد سكت عن تحديد ميعاد لبقاء إيجابه

---

(١) راجع : نقض ١٩ يناير ١٩٧٢ ، طعن ٤٦٢ / ٣٥ ق مجموعة النقض ص ٢٢ ص ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد نص المادة ٩١ من القانون المذكور أن التصير من الإرادة « ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان علم العلم لا يرجع إلى خطأ منه » .

(٢) إذا كنا قد قلنا هنا إنه عند عدم تحديد الموجب مدة لإيجابه ، فإن إيجابه هذا يبقى قائماً المدة المقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له ، إذا كنا قد قلنا ذلك ، فليس معناه أن الإيجاب يقوم قبل وصول التصير به إلى علم الموجب له . فهو إلى هذا الوقت لم يتواجد به . وإنما الذي نمنع من جبرائنا ، هو أن الإيجاب ، عند وصوله للموجب له ، لا يصير ملزماً للموجب إلا إذا كان قد وصله في الفترة المقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله ، والتي يقدر للموجب أنه أدخلها في تقديره حينما بحث بإيجابه . وعلى هذا فإذا تأخر وصول الإيجاب إلى الموجب له إلى ما يتجاوز الفترة المقولة التي تقتضيها ظروف الحال بحسب المادة المذكورة ، فإنه لا يكون ملزماً للموجب ، بل إنه لا يقوم هنا أصلاً ، لوصوله به ميعاده .



قائماً ، تحدد هذا الميعاد بالفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لإبداء  
الموجب له رأيه ، ووصول قبوله إلى الموجب ، إذا قدر بهذا القبول أن  
يكون . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الفترة المعقولة التي يبقى فيها الإيجاب  
قائماً عند عدم قيام الموجب نفسه بتحديد ها . فالمسألة مردها لظروف كل  
حالة . وهى من بعد مسأله واقع لقاضى الموضوع فيها القول الفصل (١) .

ويسقط الإيجاب بفوات الفترة التي يبقى خلالها قائماً ، سواء أكانت  
هذه الفترة قد تحددت بذاتها من الموجب ، أم أنها تحددت وفقاً لما تقتضيه  
ظروف الحال .

ومؤدى سقوط الإيجاب بفوات فترة بقائه قائماً أن العقد لا يقوم إلا إذا  
وصل القبول إلى علم الموجب قبل ذلك الوقت . وقد يحدث . فى العمل : أن  
يرسل الموجب له بما يحمل قبوله خلال فترة بقاء الإيجاب ملزماً . وفى وقت  
يسمح بوصوله للموجب قبل فواتها وفقاً للظروف العادية ، ولكن ذلك  
القبول ، لسبب أو لآخر ، يتأخر فى وصوله إلى مابعد انقضاء تلك الفترة .  
فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

لا صعوبة هنا إذا كان تأخر وصول القبول للموجب راجع إلى فعل  
الوسيط الذى كلفه الموجب له بتبليغ قبوله ، كهيئة البريد ونحوها .  
فالإيجاب هنا يسقط ولا يقوم العقد . لاعتبار أن القبول قد وصل بعد ميعاده .  
ذلك لأن المرسل يتحمل ، فى مواجهة المرسل إليه ، تبعه فعل من أرسله .  
بل إن الحكم الذى وصلنا إليه . والقاضى بسقوط الإيجاب ، وبالتالى عدم  
قيام العقد ، يسرى أيضاً حتى فى الحالة التي يكون تأخير وصول القبول فيها

(١) انظر : نقض ٢ يولي ١٩٦٤ ، طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض ص ١٥  
ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لقاضى الموضوع ، فى حالة صدور الإيجاب  
لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصده  
الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه . والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله ، وفى  
تقديره الوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول ، لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين  
فى حكمه الأسباب المبررة لوجه النظر التى انتهى إليها » .



راجعاً إلى سبب أجنبي تماماً عن الموجب له ، ليس له فيه يد ، إذ أنه أولى بهذا الأخير أن يتجهل تبعاً ذلك التأخير دون الموجب . ثم إن الفترة المحددة لبقاء الإيجاب قائماً تتمثل بميعاد سقوط . وسمة مواعيد السقوط الصرامة في احتسابها .

### ٧٣ - التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية :

إذا دخل أحد الأشخاص الاعتبارية ، عاماً كان أم خاصاً ، طرفاً في التعاقد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان تحديد ما إذا كان هذا التعاقد يتم في مجلس العقد ، أى بين حاضرين ، أم أنه يتم على نحو آخر بين غائبين . لأنه إذا كان الأمر الأول ، فإن الإيجاب لا يكون بحسب الأصل ملزماً للموجب إلا إذا اقترن بميعاد صريح للقبول ، وأنه يسقط إذا لم يندفعه القبول قبل انقضاء المجلس . في حين أنه إذا اعتبر التعاقد حاصلًا مع غائب ، ترتب على ذلك بالضرورة اعتبار الموجب ملزماً بالإبقاء على إيجابه الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لبيت الشخص الاعتباري في الإيجاب برأيه ويقوم بتبليغ هذا الرأي للطرف الآخر .

ولاصعوبة هنا إذا حصل التعاقد مع من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري قانوناً ، كما إذا وقع مع مدير الشركة الذي له سلطة تمثيلها في إبرام العقد ، أو مع الوزير المختص الذي له سلطة تمثيل الدولة في إبرائه . إذ أن من يمثل الشخص الاعتباري في هذه الحالة يعتبر نائباً عنه في إبرام العقد ، والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته ، إلا أنه يعتبر في حكم الأصل تماماً بالنسبة إلى عملية إبرام العقد ذاتها ، حيث إن إرادته تحل محل إرادة الأصل في ذلك<sup>(١)</sup> . وهكذا يعتبر التعاقد هنا حاصلًا في مجلس العقد ، أى بين حاضرين .

ويختلف الأمر إذا سلم الإيجاب المراد تقديمه للشخص الاعتباري إلى أحد القائمين على شأنه ، وكانت سلطة البت فيه ثابتة لغيره ، سواء أكان هذا الغير فرداً آخر أم هيئة ، كما إذا قدم العرض لأحد موظفي الشركة وكانت



سلطة تمثيلها في التعاقد ثابتة لمديرها أو لمجلس إدارتها ، أو قدم الإيجاب لأحد موظفي الوزارة وكانت سلطة تمثيل الدولة في التعاقد ثابتة في حد ذاتها للوزير أو لأحد المدراء . ففي مثل هذه الحالة يعتبر التعاقد حاصلًا بالضرورة بين غائبين ، اعتباراً بأن الشخص الاعتباري بمن يمثله قانوناً بعيد ، ويأخذ من ثم حكم التعاقد بالمراسلة من حيث التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المعقولة التي تلزم لعرض الإيجاب على سلطة الاختصاص والبت فيه برأيها وتبليغ هذا الرأي للموجب (١) .

وبلاحظ ، في مجال التعاقد مع الشخص المعنوي ، التحرز من الخلط بين سلطة قبول الإيجاب ذاته ، وسلطة التصديق على هذا القبول بعد صدوره ،

(١) انظر : نفق ٢ يولي ١٩٦٤ ، طن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٩٨٥ قاعدة ١٣٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن إخوة قسموا لشركة معينة طلباً ، أبدوا فيه رغبتهم في شراء أرض مملوكة لما يضمن معلوم . عرضت الشركة طلب الشراء على مجلس إدارتها ، فوافق عليه بعد يومين اثنين من تقديمه ، ولكنها أبلفت طالبي الشراء بتلك الموافقة بعد عدة أشهر . طالبت الشركة المشتريين بالمستحق من الثمن ، فرفضوا هؤلاء دعواها بعدم انعقاد البيع ، لسقوط الإيجاب المقدم منهم قبل إبلاغهم بالقبول . وقضت محكمة الموضوع بانعقاد البيع ، تأسيساً على أنه لم يتم في مجلس العقد ، وإنما تم بين غائبين ، وأن الإيجاب إذ لم يقترن بميعاد للقبول ، محمداً على نحو صريح ، فهو مقترن بالميعاد الذي تقتضيه ظروف الحال ، وهو الذي يتسع لنظر مجلس إدارة الشركة فيه وإبلاغ قرارها لطالبي الشراء . وخلصت محكمة الموضوع إلى أن قبول الشركة للإيجاب المقدم من المشتريين وإبلاغ هؤلاء به قد حصل خلال الميعاد الذي اقترن بإيجاب الموجبين ، وانتهت نتيجة ذلك إلى انعقاد البيع ، سيما وأن الموجبين مكثوا لا يمتنعون على تأخر الشركة في إبلاغهم بقبولها حتى رفضت هي الدعوى عليهم ببلغ المستحق من الثمن بعد أكثر من ستة . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع قاضية برفض الطعن الموجه ضده . وجاء في حكمها : « ولما كانت هذه الأسباب التي دلت بها الحكم المطعون فيه على أن الشركة أبلفت قبولها في الميعاد المحدد ضمناً وفي الوقت المناسب لها أصلها في الأوراق التي كانت مقدمة إلى محكمة الموضوع ، وتتسق مع الوقائع التي استعرضتها المحكمة ، وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، وكان لقاضي الموضوع في حاشية صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضي فيها يستخلص من ذلك كله وفي تقديره لوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا ينعض لرقابة محكمة النقض ، من كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجه النظر التي انتهت إليها . . . » .



إذا كان هذا التصديق لازماً قانوناً. ففي كثير من الأحيان ، لاسيما في مجال التعاقد مع الدولة أو أحد فروعها ، يتطلب القانون التصديق على التعاقد من هيئة عليا ، بعد سبق إبرامه من هيئة أدنى . ويحصل ذلك على وجه الخصوص في التعاقد بالمزاد ، كما هو الشأن في بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها ، وفي التعاقد عن طريق تقديم المطامات داخل مطروقات ، وكما هو الشأن في التعاقد مع الدولة وغيرها من الأشخاص العامة في خصوص المشروعات والأشغال العامة . فإذا كلفت الدولة ، مثلاً ، أحد الأشخاص بإجراء مزاد لبيع ما لها الخاص ، فإنها تعطيه بذلك سلطة إرساء هذا المزاد . وإرساء المزاد في المزايدات يعتبر قبولا للعطاء المقدم ( المادة ٩٩ مدني ) . ولكن تصديق وزير المالية هنا لازم بحكم القانون لتمام البيع . فما هو دور التصديق في مثل هذه الحالة ؟

ثمة أمر مسلم هنا لاجدال فيه ، وهو أن التعاقد لا يعتبر قائماً أصلاً إلا إذا حصل التصديق عليه من ملكه . ولكن هل يعتبر التصديق على العقد هو ذات قبوله ، أم أنه يمثل أمراً آخر ؟ إن التكييف القانوني للسليم للتصديق على العقد بعد إبرامه هو أنه لا يعتبر ذات القبول الذي يرتبط بالإيجاب ، ولكنه مجرد شرط للاعتداد بهذا القبول من حيث اعتباره رضاء من صاحبه بالعقد . فالقبول ، حيناً يلزم التصديق عليه ، يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول هذا التصديق . فإن لم يقع التصديق مقام العقد ، لا اعتبار قبوله من الموجب له متخلفاً . وإن وقع التصديق ، قام العقد لتوافر الرضاء به . وتبرز أهمية اعتبار التصديق شرطاً لإعمال القبول وأنه ليس هو القبول ذاته ، في أنه إذا وقع فإن العقد يقوم ، لامن تاريخ حصول التصديق ، ولكن من وقت إبرام العقد من السلطة التي تملك إصدار القبول <sup>(١)</sup> . فالتصديق له أثر رجعي . وذلك كله بطبيعة الحال ما لم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه .

(١) قارن : نفق ٢٩ اكتوبر ١٩٦٨ ، طن ٤٤٧ / ٣٤ ق مجموعة النفق س ١٩ ص ١٢٨٧ قاضية ١٩٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن وزارة الإسكان طرحت في المزاد العام قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة ، ورسا المزاد على شخص معين ، =



## ٧٤ — تحديد زمان ومكان انعقاد بالمزاولة :

المسألة الثانية التي يثيرها انعقاد بالمزاولة هي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . فإذا أرسل تاجر في القاهرة ، مثلاً ، خطاباً إلى آخر في الاسكتلندية يعرض عليه فيه أن يبيعه كمية من البضائع ، وقبل هذا الأخير الصفقة ، وأرسل يخطر تاجر القاهرة بقبوله ، فعلياً أن نحدد زمان انعقاد البيع ومكانه : هل هو قد انعقد وقت أن صدر القبول ، أو انعقد في الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول ، أو في وقت آخر غير هذا وذلك ؟ ثم أين مكان العقد ، أهو في القاهرة أم في الاسكتلندية ؟

إن لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية بالغة في العمل <sup>(١)</sup> ، الأمر الذي جعل

— الذي وضع يده على الأرض استناداً إلى رسو المزايد عليه . وتمت وزارة الإسكان دعوى طالبة طرد الراعي عليه المزايد ، تأسيساً على عدم انعقاد البيع لعدم صدور التصديق على رسو المزايد . فقدت محكمة النقض بأن البيع لم ينعقد . وجاء في حكمها ، استناداً إلى نصوص لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ ، « أن بيع أملاك الحكومة ( المصنوع بيع أملاك الدولة ) المحروقة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية . ولا يعتبر رسو المزايد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادرًا من الراعي عليه المزايد . والحكم سليم تماماً في قوله إن ركن القبول لا يتم إلا بالتصديق . ولكن يؤخذ عليه قوله إن رسو المزايد وإيداع مبلغ التأمين يعتبران إيجاباً . فهذا القول من محكمتنا العليا غير سديد بشطريه . فبلغ التأمين الذي يدفع لدخول المزيديات لا يعتبر من قبيل الإيجاب ، إذ الذي يعتبر إيجاباً هو تقديم المطاء من صاحبه . أما رسو المزايد ، فهو الذي يمثل قبولاً للإيجاب ، وإن كان قبولاً معلقاً على شرط واقف هو التصديق عليه من مملكه . وهذا الحكم هو الذي يتفق مع مقتضى نص المادة ٩٩ مدني التي تقضي بأن المقد يتم في المزيديات برسو المزايد . وهو يتفق في نفس الوقت مع ما تقتضيه المادة ١٨ من لائحة بيع أملاك الدولة الخاصة الآتية الذكر ، والتي تقتضي بأن كل بيع لتلك الأملاك يلزم أن يتصدق عليه من وزارة المالية ، سواء تم بالمزاد أم بتقديم المطاءات داخل مفاوضات أم بالممارسة . وانظر في نفس اتجاه الحكم الذي تقدمناه : نقض ٢٤ فبراير ١٩٦٧ لمن ١٢ / ٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٤٥٠ .

(١) ومن مظاهر هذه الأهمية ما يلي : —

١ — إذا صدر قانون جديد يغير من القواعد القانونية المفسرة التي تحكم عقداً من العقود ، فإن هذا القانون لا يسرى إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه ، فهو لا يسرى على تلك التي تم إبرامها قبل ذلك . وهكذا يتم هنا معرفة زمان انعقاد العقد ، لتحديد ما إذا كان قد جاز به نفاذ القانون الجديد ، فيخضع له ، أم أنه جاء قبل ذلك ، فيخضع لقانون القديم . أما إذا كان —



الفقه القانوني المعاصر ، في الدول المختلفة ، يعتمد إلى بيانه . ويمكن رد الآراء التي قيل بها في هذا الصدد ، إلى أربعة ، هي الآتية :

١ - ثمة رأى أول ينسب إلى أن العقد يتم بمجرد أن يعلن الموجب له قبوله ، اعتياداً بأنه في هذا الوقت يتم توافق الإرادتين . وهذا هو مذهب إعلان القبول . ويتوافق هذا الرأى مع مايقول به الفقه الإسلامى ، الذى يعطى للتعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره .

٢ - ورأى ثان ذهب إلى أن العقد يتم عند تصدير القابل لما ينشئ بقبوله ، كما إذا وضع الخطاب الذى تضمنه صندوق البريد . وهذا الرأى ، وإن كان يأخذ أصلاً بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، إلا أنه يستهدف من إجراء التصدير أن يكون القبول نهائياً لارجوع فيه من صاحبه . وهذا هو مذهب تصدير القبول .

٣ - وثمة رأى ثالث قال بأن العقد يتم في الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب ، حتى لو لم يعلم هذا به . وهذا هو مذهب وصول القبول أو استلام القبول . وهذا الرأى بدوره يسلّم بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، ولكنه اشترط وصول القبول إلى الموجب . لكى يكون نهائياً لارجوع فيه ، بعد أن تبين أنصاره أن مجرد تصدير القبول لا يفيد بالضرورة أنه نهائى ، حيث يستطيع القابل أن يسرد ماينشئ بقبوله قبل أن يصل إلى الموجب ، كما إذا استرد خطابه من مصلحة البريد قبل وصوله .

---

= القانون الجديد يتضمن قواعد قانونية آمرة ، فهو يحكم جميع العقود التى تكون موجودة تحت ظله ، حتى ما أبرم منها قبل صدوره ( انظر في هذا الموضوع مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٦٩ ) .

٢ - في الوقت الذى يتم فيه إبرام العقد ، تتولد عنه آثاره . وهكذا تمنا معرفة زمن إبرام العقد ، لأننا بذلك نعرف الوقت الذى تولدت فيه آثاره . وقد تكون لهذا التحديد الزمنى أهمية عملية قصوى ، كما إذا باع شخص ، مثلاً ، إحدى التحف عن طريق المراسلة ، ثم أوقع دائن البائع الحيز عليها ، فهل تم البيع هنا قبل توقيع الحيز ، ومن ثم لا يسرى هذا الحيز على المشتري ، أم أنه تم بعد توقيع الحيز ، فيسرى هذا عليه ؟

٣ - لتحديد زمان العقد أهمية بالغة في حالة شهر الإفلاس ، فالصرفات التى تبرم بعد هذا الحدث لا تسرى ، بحسب الأصل ، في حق الدائنين .



٤. - والرأى الرابع والأخير يشير بأن العقد لا يتم ، إلا فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، اعتباراً بأن ارتباط الإرادتين يتم فى هذا الوقت ، لا قبل ذلك . وهذا هو مذهب العلم بالقبول .

هذه هى مجمل المذاهب التى قيل بها فى خصوص التعاقد بالمراسلة . وتباينت قوانين الدول المختلفة فى الأخذ منها بما ارتأته (١) . وتغير القانون المدنى المصرى ( المادة ٩٧ ) المذهب الأخير ، وهو مذهب العلم بالقبول . وفى ذلك تقضى المادة ٩٩ منه بأنه : « ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيما هذا القبول » .

فالمشرع يأخذ بمذهب العلم بالقبول ، ويقرر أن التعاقد بالمراسلة يتم فى ذات الوقت الذى يعلم فيه الموجب بقبول القابل ، وذلك ما لم يتفق على غيره ، أو يقضى القانون أو العرف بخلافه .

وهذا الذى تصرح به المادة ٩٧ لا يعمل أن يكون تطبيقاً تشريعياً للمبدأ الأساسى الذى سبق للمشرع أن أخذ به فى المادة ٩١ ، والقاضى بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من يوجه إليه .

---

(١) فن هذه القوانين ما يمتد بصور القبول . وهذه هى حال مدونة الالتزامات والعقود التونسية ( المادة ٢٨ ) ومدونة الالتزامات والعقود المغربية ( الفصل ٢٤ ) ، والقانون اللبناني ( المادة ١٨٤٠ ) ، والقانون الأردنى ( المادة ١٠١ ) . ومنها ما يمتد بتفسير القبول . وهذا هو ما تقضى به مدونة الالتزامات السويسرية ( المادة ١٠ ) ، والقانون البرازيل ( المادة ١٠٩٦ ) . ومن التقنيات ما يمتد ، فى تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه بوصول القبول إلى الموجب له . وهذا ما يقرره القانون الألمانى ( المادة ١٣٠ ) ، والقانون البولونى ( المادة ٧٠ ) . ومن التقنيات ، فى النهاية ، ما يمتد بالمعلم بالقبول وهذا هو الحكم الذى يقول به مشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢ ) ، والقانون الأسبانى ( المادة ١٢٦٢ ) . وقد تبني القانون المصرى الرأى الأخير ، كما رأينا فى المتن ( المادة ٩٧ ) ، وتبنته فيه أغلب القوانين العربية التى استوحته ، كالقانون الليبي ( المادة ٩٧ ) والقانون العراقى ( المادة ٨٧ ) . وأخذ بهذا الرأى أخيراً القانون المدنى الكويتى ( المادة ٤٩ ) .



ونلاحظ ، إعمالاً للمادة ٩٧ / ٢ ، أن وصول القبول إلى الموجب ينهض  
قرينة قانونية على علم هذا به ، ولكنها قرينة بسيطة ، يستطيع الموجب أن  
يلدخها بأى دليل من أدلة الإثبات .

وما قلناه بشأن تحديد زمان العقد ، يسرى على مكانه . فهذا أيضاً يتحدد  
بصريح نص المادة ٩٧ ، وإعمالاً لحكم المادة ٩١ ، بالمكان الذى يعلم فيه  
الموجب بالقبول ، اعتباراً بأنه فى هذا الوقت يتم إبرام العقد . مع ملاحظة  
أنه يفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس ، أن الموجب قد علم بالقبول  
فى المكان الذى وصل إليه فيه .

ولتحديد مكان العقد أهميته ، لاسيما بالنسبة إلى تطبيق قواعد القانون  
الدولى الخاص فى تنازع القوانين ، حيث يجوز إخضاع العقد ، من حيث  
الشكل إلى قانون البلد الذى أبرم فيه ( المادة ٢٠ مدنى ) ، كما أنه يخضع ، من  
حيث الموضوع ، لقانون هذا البلد ، إذا اختلف طرفاه موطناً ولم يتفق على  
سريان قانون آخر عليه ( المادة ١٩ مدنى ) . كما أن لتحديد مكان إبرام  
العقد بعض الأهمية فى قانون المرافعات <sup>(١)</sup> ، وفى القانون المدنى <sup>(٢)</sup> .

#### ٧٥ - ( ج ) التعاقد بالتليفون :

تكلمنا ، فيما سبق ، فى صورتين يتم عليهما التعاقد ، وهما التعاقد فى  
مجلس العقد ، أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين  
غائبين . بقى علينا أن نتناول هنا الصورة الثالثة والأخيرة ، التى يمكن للتعاقد  
أن يتم عليها ، وهى صورة التعاقد بالتليفون أو أى أداة أخرى مماثلة ، من  
حيث إنها تنقل الكلام بين غائبين ، ولكن مباشرة بحيث يسمع كل منهما  
الآخر فى نفس وقت صدوره ، كالجهاز اللاسلكى . وهكذا فالتعاقد بالتليفون  
أو بما يشبهه يعتبر تعاقداً بين غائبين حاضرين فى آن معاً . فهو تعاقد بين

(١) انظر ، على سبيل المثال ، المادة ٥٥ و ٥٦ مرافعات .

(٢) انظر على سبيل المثال ، المادة ١/٢٤٧ مدنى .



غائبين ، لبعد المسافة بينهما ، وبين حاضرين لوصول عبارة كلى منهما إلى الآخر فور صدورها .

وحكم التعاقد بالماتف أو ما عائله أنه يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، من حيث زمان انعقاد العقد . أى أن العقد بوساطته يعتبر تاماً فور صدور القبول : لأن القبول يتصل بعلم الموجب في ذات لحظة صدوره . كما أن التعاقد بالتليفون أو ما عائله يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، أو التعاقد في مجلس العقد . بالنسبة إلى كيفية تمامه ، أى بالنسبة إلى كيفية ارتباط الإيجاب بالقبول (المادة ٩٤ / ١) . أما بالنسبة إلى مكان العقد ، فيأخذ التعاقد بالتليفون حكم التعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين ، أى أنه يتعقد في المكان الذى يتكلم منه الموجب . ذلك لأنه في هذا المكان يتصل القبول بعلم الموجب .

#### ٧٦- الأمور التى يرد عليها توافق الإرادتين :

عرضنا فيما سبق لكيفية حصول توافق الإرادتين ، ورأينا أن هذا التوافق يتم على مراحل ثلاث : الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب . ونود هنا أن نحدد الأمور التى يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين ، حتى يمكن للعقد أن يقوم .

والقاعدة في هذا المجال أنه يلزم أن يرد توافق الإرادتين على طبيعة العقد ، يعبأ كان أو هبة أو إيجاراً مثلاً ، وعلى جميع المسائل الجوهرية فيه ، كالبيع والتمن بالنسبة إلى البيع ، وكالعين المؤجرة والأجرة بالنسبة إلى الإيجار . أما المسائل التفصيلية للعقد ، كملحقات الشيء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه ، ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ، ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة ، والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة ، ونحو ذلك كله ، فليس من الضروري لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر . فكل ما يلزم بصدها هو ألا يثور بين المتعاقدين خلاف لا يصلح أن يحسمه ، أو فى الأقل ، لا يصلح أن يحسمه إلى وقت نال . فإذا قام ثمة خلاف بين المتعاقدين على مسألة ما



متعلقة بالعقد ، ولم يصل إلى حسمه أو إلى الاتفاق على إرجاء هذا الحسم ، فإن العقد كله لا يقوم ، مهما كانت المسألة التي تار بصدها هذا الخلاف ثانوية تفصيلية . فإذا انعقد رضاء البائع والمشتري ، مثلاً ، على الشيء المبيع والثمن وكل شروط البيع الأخرى ، فيما عدا ما تعلق منها بوقت دفع الثمن ، كان تطلب البائع دفعه فوراً ، وصمم المشتري على أن يدفع جزءاً منه مهما قل ، في وقت تال ، مهما قصر ، فإن البيع في مجموعه لا يقوم . ولكن إذا لم يصل المتعاقدان ، عند إبرام العقد ، إلى حسم النزاع الذي تار بصدد المسائل التفصيلية ، فإنه يمكنهما الاتفاق على الاحتفاظ بها للمستقبل ، لعلهما يوفقان إلى حل بشأنها يرضيهما معاً . فإن اتفقا على هذا الإرجاء : قام العقد من فوره ، إلا إذا كانا قد اشترطا أنه لا يقوم إلا عند الاتفاق على حكم تلك المسائل . وإذا قام العقد ، نتيجة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق يحصل فيما بعد بين العاقدین ، فإنه لا يؤثر في قيامه ألا يقع هذا الاتفاق مستقبلاً . وهنا تقضى المحكمة في الخلاف ، وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف الجاري ومقتضيات العدالة . وفي ذلك كله جاءت المادة ٩٥ تقضى بأنه : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . »

وهكذا يلزم ، بالنسبة إلى تحديد الأمور التي يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين ، أن نفرق بين المسائل الجوهرية في العقد والمسائل التفصيلية الثانوية فيه . فبالنسبة إلى المسائل الأولى ، يجب أن يرد توافق الإرادتين عليها ، ولا يقوم العقد إلا إذا حصل هذا التوافق ، ومن تاريخ وقوعه . أما المسائل التفصيلية في العقد ، فكل ما يلزم بصدها هو ألا يثور بشأنها خلاف لا يفضي المتعاقدان إلى حسمه أو إلى إرجاء هذا الحسم . فإن اتفق المتعاقدان على إرجاء



حسم الخلاف بشأن المسائل التفصيلية ، قام العقد من فوره ، مالم يشترط عدم قيامه إلا عند حصول الاتفاق على تلك المسائل <sup>(١)</sup> . ولا يؤثر في قيام العقد هنا ألا يصل المتعاقدان ، في الوقت الذي حددها ، إلى اتفاق بشأن المسائل التي أجلا حسمها ، وإنما تتولى المحكمة في هذه الحالة الفصل فيها ، مهتدية بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة .

وتحديد ما إذا الأمر الملتقى بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يتمثل أمراً جوهرياً أم ثانوياً هو مما يتعلق بالتكييف ، ومن ثم فهو يتمثل مسألة من مسائل القانون ، يخضع قاضي الموضوع في شأنه لرقابة محكمة النقض .

#### ٧٧ - أثر توافق الإرادتين يتركز في قيام العقد ولزومه على طرفيه :

بيننا ، فيما سبق ، المراحل الثلاث التي يتم عليها توافق الإرادتين ، والمتمثلة في الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب ، كما بيننا الصور الثلاث التي يجيء عليها ارتباط القبول بالإيجاب ، وهي التعاقد في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين ، والتعاقد بالتليفون أو ما يشبهه ، وهو تعاقد بين حاضرين غائبين في آن معاً . فهو تعاقد بين حاضرين كلاماً حيث يسمع كل شخص عبارة الآخر فور صدورهما منه ولكنه تعاقد بين غائبين مكاناً لبعد كل منهما عن الآخر .

وأياً ما كانت الصورة التي يأتي عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وبالتالى توافق الإرادتين ، فإن مؤدى ذلك قيام العقد ، ولزومه فور قيامه على طرفيه ، وذلك مالم يقض العقد نفسه أو القانون أو العرف بغير ذلك .

---

(١) راجع في هذا الاتجاه : نقض ٢٦ يناير ١٩٦٧ طعن ٣٣٧/٣٣٠ ، مجموعة أحكام النقض من ١٨ ص ٢١٥ ( وقد قضى هذا الحكم بقيام عقد صلح اتفق فيه على شروطه الأساسية وأرجأ طرافه الاتفاق على أوصاف هذا العقد وتفصيله ) . وانظر أيضاً نقض ١٦ يناير ١٩٧٥ ، طعن ٣٩/٣٥٢ ق مجموعة النقض من ٢٦ ص ١٨٣ قاعدة ٤٣ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم المطعون فيه ، إذ اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والمنع ، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية لجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي تراها فيه ، أنه لا يمتنع أن يكون مشروعاً لعقد بيع ، دون أن يبحث فيها إذا كان الشروط المرجاة جوهرياً أم قانونية ، فإنه يكون متسقاً بالقصور عما يتعين منه نقضه .



فبمجرد أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، وينتقد بالتالي العقد ، يكسب العقد قوته الملزمة ، ويمتنع بالتالي على أى من طرفيه ، بغير إرادة الآخر ، التحلل منه أو النكوص عن حكمه ، ما لم يسمح له بذلك العقد نفسه ، أو يقضى له به نص في القانون ، أو حكم جرى به العرف . وذلك حتى لو كان الطرفان لازالا باقيين معاً لم يتفارقا بعد بالبدن <sup>(١)</sup> . ومن أهم الحالات التي يسمح فيها القانون لطرفي العقد العلول عنه بعد تمامه ، بل أهمها على الإطلاق هي حالة التعاقد بالعربون ، التي سنعرض لها فيما بعد <sup>(٢)</sup> .

### ( د ) صور خاصة من توافق الإرادتين

٧٨ - بينا ، فيما سبق ، كيف يتم توافق الإرادتين . وتتناول هنا بعض صور خاصة لهذا التوافق ، لما قد يعترها من ليس في تبين حكمها ، أو لما تختص به من حكم متميز ، أو لما تنسم به من أهمية في العمل . وفي هذا المجال ، نتكلم في العقد الابتدائي ، وفي الوعد بالتعاقد ، وفي التعاقد بالعربون ، وفي التعاقد بطريق المزايدة ، وفي التعاقد بالإذعان .

(١) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين اختلفوا في هذا المخصوص . فطائفة منهم يترجمها للفقهاء الشافعي والحنبلي بقول بأن لأي من المتعاقدين أن يرجع في العقد ، برغم توافق الإيجاب والقبول ، طالما بقي المتعاقدان مجتمعين ، لم يتفارقا بالبدن . وهذا ما يسمى عندهم ( خيار المجلس ) . ودعامة هذا الرأي الحديث الشريف ( المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفارقا إلا بيع الخيار ) . والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يترجمها للفقهاء الحنفى والفقهاء المالكي . وهي تقول بأن العقد ، بعد انعقاده بتوافق الإيجاب والقبول ، يصير لازماً ، ويمتنع على أى من طرفيه الرجوع فيه برغم إرادة الآخر . فهي لا تقول بخيار المجلس . وعمدة هذا الرأي قوله ، عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، اعتباراً بأنه مما يتنافى مع الوفاء بالعقد أن يسمح لأي من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده . وأنصار هذا الرأي يسمون إلى تفسير الحديث الشريف ( المتبايعان بالخيار ... ) على نحو يجعله متسقاً مع إطلاق الآية الكريمة . فتقول بمفهوم بأن المقصود ، في الحديث الشريف ، من كلمة ( المتبايعان ) هو المتصامتان ، أي المتفاوضان في شأن البيع ، وتقول البعض الآخر أن المقصود بكلمة ( يتفارقا ) هو الافتراق بالقول ، لا التفريق بالأيديان . وهو يتم بصور القول .

(٢) راجع ما سبقه ، نقة ٨٥ وما بعدها .



## ٧٩ - العقد الابتدائي :

نوع خاص من العقود ، تتميز بأنها تستهدف التمكن من قيام عقود أخرى غيرها ، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها ، ولكن في ثوب جديد على نحو يقتضيه القانون أو طبيعة المعاملة . فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية لعقود أخرى تتلوها ، أو هي : كما يطلق عليها أحياناً ، عقود ما قبل العقود

### Avant Contrat

وقد دأبت أغلب القوانين ، في الدول المختلفة . ومن بينها مصر ، على أن تقتصر على تنظيم نوع معين من هذه العقود الأولية ، وهو الوعد بالعقد ، دون أن تتناول تنظيم نوع آخر منها على جليل خطره . وهو ما جرى العمل على أن يطلق عليه ، في مصر ودول أخرى كثيرة غيرها ، العقد الابتدائي<sup>(١)</sup> .

والعقد الابتدائي ، على نحو ما يبدل عليه اسمه في لغتنا القانونية في مصر وفي غيرها من البلاد العربية الأخرى التي استوحت قوانينها منها . يمثل اصطلاحاً جديداً في دنيا القانون . فقد نشأ بمناسبة ما يتطلبه القانون المعاصر ، في شأن التصرف في العقار ، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه . فالتصرف في العقار من بيع وهبة وغيرها لا ينقل الملكية بمجرد ، وإنما يلزم لذلك تسجيله . وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت ، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاع معينة يقتضيها القانون . وهذا ما يؤدى بالمعاقدين في العادة إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه في محرر أولى ، انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في الثوب الذي يتطلبه القانون لإجراء التسجيل . وقد استقر الفكر القانوني ، في مصر وفي بلاد عربية أخرى كثيرة ، على أن يطلق على ذاك المحرر الأول اصطلاحاً « العقد الابتدائي » ، تمييزاً له عن المحرر الذي تأتى فيه الصيغة النهائية للعقد ، والذي

---

(١) وقد كلف القانون المدني الكويتي ، الصادر في أول أكتوبر ١٩٨٠ ، ليعمل به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، والذي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها إعداده ، عن السير في هذا الاتجاه ، فمضى إلى تنظيم العقد الابتدائي في المادة ٧٠ و ٧١ منه ، مقتناً القواعد التي سار عليها القضاء في مصر وفي الكويت . وقد راعى القانون المدني الكويتي ، إذ خص العقد الابتدائي بالتنظيم التشريعي ، مدى أهمية هذا العقد وشيوعه ، لاسيما في التصرفات العقارية . ولعله بذلك يكون أول قانونين يلجأ إلى التنظيم التشريعي للعقد الابتدائي .



يتمشى مع مقتضيات التسجيل ، ثم ينتهى به الأمر إلى أن يسجل ، وهو ما جرت العادة على أن يطلق عليه اصطلاح « العقد الهائى » . وهكذا فالعقد الابتدائى والعقد الهائى ، فى مجال البيع . مثلاً ، لا يعلوان أن يكونا مسمين لعقد واحد ، هو عقد البيع مجرداً عن الثمن والتخصيص . كل ما فى الأمر أن اصطلاح « العقد الابتدائى » يعنى البيع فى صورته الأولى ، فى حين أن اصطلاح « العقد الهائى » يعنى ذات العقد . ولكن فى صورته النهائية .

ولإبرام العقد الابتدائى بغية إعادة صياغته مستقبلاً فى شكله الهائى قد تقتضيه طبيعة العقد ذاتها ، كما هو الأغلب . وهذه ، على وجه الخصوص ، هى حالة العقود التى ترد فى شأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، إذا ما انصبحت على عقار . فى مثل هذه الحالة ، التسجيل لازم . وهو يتطلب إعادة تحرير العقد فى صيغة جديدة تتمشى مع مقتضيات إجراءاته ، على نحو ما ذكرناه جالاً . وإذا كان الغالب فى العمل أن إعادة إبرام العقد فى صورة أخرى نهائية . نجى . كمقتضى لذات طبيعته ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكون نتيجة لانفاق العاقدين عليها . فلا يوجد . مثلاً ، ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما ، الذى اتفقا عليه مشافهة ، فى محرر مكتوب ، تيسيراً لإثباته . وهكذا ففكرة العقد الابتدائى ليست محصورة بانصرورة فى نطاق التصرفات العقارية ، وإن بقى هذا النطاق مجالها الحبيب الغالب .

ويلاحظ أن إضفاء وصف « الابتدائى » على العقد لا يغير من حقيقة المتمثلة فى أنه عقد كامل ، وأنه ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولاً وأخيراً . فهو وصف لا يرد على العقد فى ذات أحكامه ، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته فى أن نجى . عليها ، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها الهائى ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه منذ قليل .

وإذا كان العقد الابتدائى هو ذات العقد المقصود أولاً وأخيراً ، وانجب أن تراعى فيه كل الأحكام المطلوبة للانعقاد والصحة ، بما فيها شرط الشكل ، إن لزم .



كما أن العقد الابتدائي ، باعتبار أنه ذات النقد المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، نجده يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها ، بغض النظر عن اتسامه بوصف « ابتدائي » أو « نهائي » ، وذلك باستثناء ما يعلق القانون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لا يتوافر فيه . فعقد البيع الابتدائي ، مثلاً ، يرتب كل الآثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها ، فيما عدا نقل الملكية في العقار . إذ أن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ، ومن تاريخ حصوله ( المادة ٩ من قانون الشهر العقاري ) ، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل ، إذ أن التسجيل لا يلحق إلا العقد النهائي .

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي ، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به ، مستمداً من علة وجوده ذاتها . وهذا هو الالتزام الذي يثقل كلا من طرفيه ، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بتسليمه المعلوم في إبرام العقد النهائي .

فعلى كل من طرفي العقد الابتدائي التزام بأن يسهم في إعداد العقد النهائي وإبرامه ، على نحو ما يقتضيه منه العقد ومجريات الحال . وما يلتزم به كل من العاقلين في هذا الحال ، في خصوص العقود الواردة على العقارات ، إن كانت عرفية ، التوقيع على العقد النهائي أمام موثق العقود ، لكي يقوم هذا الأخير بعملية التصديق على التوقيع ، وهي عملية تتمثل هنا بضرورة لإجراء التسجيل .

وعلى كل من طرفي العقد الابتدائي أن يفي بالتزامه بأداء ما ينبغي عليه فعله لإبرام العقد النهائي في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي . فإن لم يحدد هذا الأخير ميعاداً لذلك ، وجب على كل من الطرفين إبرام العقد النهائي والتوقيع عليه في فترة معقولة تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع ، وفق ما تستتجه طبيعة المعاملة وظروف الحال .



وينعزم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ، مالم يفتق على إجرائه تعديل فيها <sup>(١)</sup> ، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة ، كإجرائه

(١) وفي كثير من الأحيان يتضمن العقد الابتدائي أحكاماً معينة تأتي في بنوده وشروطه ، ثم يبرم العقد النهائي خالياً منها ، فإذا علم أن يكون الحكم في مثل تلك الحالة ؟ لا صعوبة هنا بالنسبة إلى الأحكام الوقتية التي يكون من شأنها تنظيم علاقة البائع والمشتري في الفترة ما بين إبرام العقد الابتدائي وتحرير العقد النهائي ، كالأحكام المتعلقة بتوزيع ثمار المبيع وتكاليفه بينهما في هذه الفترة . فكل هذه الأحكام تكون قد استقطعت غرضها عند تحرير العقد النهائي أو في الأقل عند تسجيله ، ومن ثم يكون طبيعياً ألا تذكر فيه . ولكن الصعوبة قد تتور بالنسبة إلى الأحكام التي يكون من شأنها أن تسري على المتعاقدين حتى في فترة ما بعد تحرير العقد النهائي وتسجيله . ومرد هذه الصعوبة إلى أن علم ذكر الأحكام التي كان يتضمنها العقد الابتدائي في العقد النهائي ، ورغم أنها لم تستفد به موضوعها ، قد يثير في ذهن فكرة اتفاق الطرفين على الزول منها . والرأي هنا هو أن البيع ، كنظام قانوني يقوم على توافق الإرادتين ، يقتضي إحمال كل الشروط التي يتفق عليها الطرفان ، سواء أوردت في المحرر الابتدائي أم في المحرر النهائي ، ما لم يثبت للقاضي أن إغفال إبراد شرط يتضمنه العقد الابتدائي في العقد النهائي يمثل تنازلاً غسبياً من المتعاقدين كليهما عن حكم ، ومع مراعاة أن التنازل لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، وإنما يجب أن يقوم الدليل الصادق عليه من واقعات الحال .

بيد أن محكمة النقض نهجت نهجاً آخر مخالفاً لرأينا في حكم أصدرته بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧٠ ( طعن ٣٣٦/٤ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٣ قاعدة ٨٢ ) ، في قضية تتلخص واقعاتها في أن يبرم ابتدائياً أبرم متضمناً شرطاً جزائياً عن تأخير البائع في التوقيع على العقد النهائي ، وتأخير هذا بالفعل ، ثم حرر العقد النهائي خالياً من الشرط الجزائي ، وطالب المشتري بهم ذلك إعماله ، مطروراً بوجوده في العقد الابتدائي ، وبأن علم ذكره في العقد النهائي لا يعتبر منه نزولاً عنه ، إذ أن ذلك يرجع إلى صعوبة موافقة البائع عليه من جديد بعد أن وقع منه الإخلال بالفعل . ولم تأخذ محكمة العليا بوجهة نظر البائع ، مقدرة أن علم ذكر الشرط الجزائي في العقد النهائي يدل على أن الطرفين قد تخليا عنه وانصرفتا فيهما إلى علم المتسك به أو تطبيقه . بل إن الحكم ذهب إلى التصيم فقال : « إن العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستتر به البلاغة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين » . وذلك كله من الحكم محل نظر. عندئذ إذ أنه يلزم ، عند تحديد الأحكام التي تنظم علاقة المتعاقدين النظر إلى العقد كنظام قانوني يقوم على إرثبات الإيجاب والقبول ، وما المحور الذي يتضمنه إلا مجرد أداة لإثباته أو تسجيله ، وسواء في ذلك أن يكون المحرر ابتدائياً أم انتهائياً . وهكذا يلزم إخضاع المتعاقدين لكل الأحكام التي يتفقان عليها اتفاقاً صحيحاً قانوناً ، سواء أقر ذكرها في العقد الابتدائي أم في العقد النهائي ، وذلك ما لم يثبت أنها ، بعدم ذكرها في العقد النهائي ، أرادوا أن يزل عنها ، ومع مراعاة أن الزول لا يفترض ولا يؤخذ من طريق الظن . فإغفال ذكر الشرط الذي أورده العقد الابتدائي في العقد -



تعديل في حدود العقار مثلاً ، على نحو ما يستتبع من الإجراءات التمهيدية في التسجيل . كما أنه يمكن إجراء التعديل إذا اقتضته ظروف الحال . كما إذا مات المشتري ، ورغب ورثته في أن يكتب العقد النهائي بأسمائهم ، ولم يكن في ذلك خطر يهدد المشتري ، وكذا إذا تعاقد شخص بوصفه نائباً عن آخر ، ولم يفصح للمتعاقد معه عن صفته في العقد الابتدائي ، وأراد أن يكون العقد باسم الأصيل ولحسابه ، وكان يستوي عند المتعاقد الآخر أن يكون التعاقد باسم النائب أو الأصيل ، كما إذا كان بائعاً واستوفى الثمن بنأمة ( راجع المادة ١٠٦ ) .

وإذا لم يف أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال ، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم ، في مواجهته ، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه ، شريطة ألا يكون هو بدوره محلاً بالتزامات التي يفرضها العقد عليه .

والغالب حصوله في خصوص بيع العقار - وهو الحال الخصب لورود العقد الابتدائي - أن البائع هو الذي يخل بالتزامه بإبرام العقد النهائي . وهو إخلال يتمثل عادة في عدم ذهابه للمثول أمام موثق العقود والتوقيع أمامه على العقد النهائي ، فيمتنع بذلك إجراء التصديق على توقيعه ، ويتعسر التسجيل . وهنا يكون للمشتري أن يرفع على البائع دعوى ، يطلق عليها « دعوى صحة العقد ونفاذه » . وينظر القاضي في هذه الدعوى فيما إذا كان البيع صحيحاً أم باطلاً ، وفيما إذا كان نقل الملكية للمشتري ممكناً أو غير ممكن ، وفيما إذا كان التزام البائع بقلها متوجب الإنفاذ حالاً أم لا - وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المشتري غير يخل بالتزاماته ، وعلى الأخص التزامه بدفع الثمن ، وذلك إعمالاً لبداً الدفع بعدم التنفيذ - حتى إذا مات الحق القاضي من صحة البيع ونفاذ التزام

= النهائي لا يمكن بذاته وبجبرده القول بأن الطرفين قد تخليا عنه ، كما ذهبنا إليها . كما أنه ليس صحيحاً أن العقد النهائي وحده دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المصاعدين ، وإلا تستقر تلك العلاقة بالجزئين كليهما القدين يصبحان معاً قانون المصاعدين ، وذلك باستثناء الأحكام التي يتضمنها العقد الابتدائي ، ويثبت أن المصاعدين ، بإغفالها ذكر هاتين العقد النهائي . وإذا التزموا - عنها إن صراحة وإن جملتها . . .



البائع بنقل الملكية حالا ، حكم بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . ويقوم حكمه هذا مقام العقد النهائي ، حتى إذا ما سجل - انتقلت الملكية للمشتري (١) .

- وغنى عن البيان أن ثبوت الحق للمتعاقدين ، عند إخلال المتعاقد معه بما يفرضه العقد الابتدائي عليه من المساهمة في إبرام العقد النهائي ، في رفع دعوى صحة العقد الابتدائي ونفاذه ، لا يحل بما يقرره له القانون من حقوق أخرى ، كحقه في طلب فسخ العقد وحقه في التعويض .

ودعوى صحة ونفاذ العقد الابتدائي ، عند الإخلال بالالتزام بإبرام العقد النهائي ، لا تبدو أن تكون وسيلة للوصول إلى التنفيذ العملي للالتزام . وهي من بعد ثمرة يائسة للخلق القضائي ، لاسيما في مصر .

تلك هي الأحكام التي تنظم العقد الابتدائي ، وهي مستقاة من القواعد القانونية العامة ، إذ أن هذا العقد لم يحظ بعد في مصر بالتنظيم التشريعي الخاص .

#### ٨٠ - الوعد بالعقد :

يغلب في العمل أن ترم الصفقة المقصودة مباشرة ، كما إذا رغب شخصان في بيع أو إيجار ، فعقداه . ولكن حصل في بعض الأحيان أن يتفق شخصان لأعلى الصفقة ذاتها ، ولكن على أن يعد أحدهما الآخر بإبرامها معه ، إذا رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة . وهذا هو الوعد بالعقد أو الوعد بالتعاقدين . ومثاله أن يستأجر شخص من آخر قطعة أرض لمدة عشر سنوات ليبني عليها مصنعا ، ويخشى بطبيعة الحال أن ينتهي الإيجار ، فيضطر إلى ترك الأرض وما بناه عليها ، وكان يطمح لو أنه استطاع أن يتغلب على هذا الخطر الذي يهدده ، عن طريق قيامه بشراء الأرض ، ولكن المسال يعوزه ، فيلجأ إلى صاحب الأرض ، ويستحصل منه على وعد بأن يبيعه إياها بشمن محدد ، لو أراد هو الشراء ، خلال مدة الإيجار . وهكذا نجد أنفسنا هنا أمام وعد بالبيع مقترن بعقد الإيجار . ومثال الوعد بالتعاقدين أيضا أن يتردد شخص

(١) راجع ، في دعوى صحة العقد ونفاذه ، مؤلفنا : محاضرات في العقود ج ٢ - مقد

البيع ، نة ٩٥ .



في شراء شيء معين ، فليجأ آخر إلى حثه على شرائه ، واعدأ إياه بأنه لو اشتراه فإنه سيشتريه منه بلمره بثمن محدد ، يكون له فيه ربح يفره ، أو أنه سيستأجره منه بأجرة محددة تشجبه ، وهنا تكون بصدد وعد بالشراء أو وعد بالاستئجار على حسب الأحوال . ومثال الوعد بالتعاقد ، في النهاية ، أن يفتح بنك اعتماداً بمبلغ محدد لمصالح شخص معين . ففتح الاعتماد يتضمن وعداً بالقرض ، وإن خصه المشرع بأحكام تخالف إلى حد كبير أحكام الوعد بالعقد بوجه عام <sup>(١)</sup> .

والوعد بالعقد *promesse de contrat* هو في ذاته عقد . لأنه يقوم على إيجاب وقبول . فمن يعد آخر بالبيع ، مثلاً ، يوجب له بهذا الوعد ، ثم يأتي الموعد له فيقبل منه الوعد صراحة أو ضمناً <sup>(٢)</sup> .

والوعد بالعقد ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية ، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو لا يعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود في آخر الأمر ، أو هو عقد يبرأ به أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم . وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد *avant contrat* . فالوعد بالبيع . مثلاً ، ولو أنه في ذاته عقد ، إلا أنه لا يقصد به إلا أن يكون مجرد وسيلة تستهدف ، في النهاية ، إجراء عقد آخر هو البيع . فقبول الموعد له لا ينصب في بداية الأمر إلا على مجرد الوعد بالبيع ، فهو لا يتناول ذات البيع الموعد بإبرامه . ومن ثم ، فالوعد بالبيع — طالما بقي كذلك ، أي طالما لم يبد الموعد له رغبته في إبرام

---

(١) اختلف فقهاء القانون التجاري في طبيعة فتح الاعتماد.. فمن قائل إن فتح الاعتماد هو عقد قرض ملق على شرط واقف هو قبض السيل المبلغ المقترح الاعتماد به كله أو بعضه . وقال آخرون إنه عقد من نوع خاص . وقال فريق ثالث إنه عقد وعد بالقرض . ونحن أميل إلى هذا الرأي الأخير . راجع في طبيعة فتح الاعتماد: محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ج ٣ نة ٥٦ .

(٢) ويجوز سكوت الموعد له قبولا ضمناً للوعد ، إذ أن الإيجاب يتسبب عن محض صقته ( المادة ٤/٩٨ ) .



البيع في المدة المحددة - لا يعتبر بيعاً ، ولا يترتب عليه أى أثر من آثاره .  
فلكية الشيء تبقى للواعد . كما أن الموعد له لا يلزم بدفع الثمن .

والوعد بالعقد هو وعد انفرادى ، أى أن أحد طرفيه هو الذى يلتزم به دون الآخر ، الذى يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعد له بإبرام العقد المستهدف ، كما هي الحال في الأمثلة التى سردناها فيما سبق . ومع ذلك فقد جاء في المادة ١٠١ / ١ ما يفهم منه إمكان وقوع الوعد مزدوجاً ، أى أن يتحمل به الطرفان كلاهما ، بأن يكون كل منهما واعداً للآخر بإبرام العقد وموعوداً منه به في نفس الوقت . فتلك المادة تقضى بأنه : « ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عيّن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها » . فتؤدى النص السابق أن الوعد بالعقد يمكن أن يجيء انفرادياً ، كما يمكن أن يجيء ثنائياً أو ازدواجياً . وهو في ذلك قد جاء بعبارة كل البعد عن التوفيق . إذ أن الوعد بالعقد ، بمعناه القانوني السليم ، وبأركانائه المتطلبية قانوناً ، لا يمكن له أن يكون إلا انفرادياً ، يلتزم به طرف واحد هو الواعد ، في حين أن الطرف الثانى يكون مجرد موعد له . ففقد الوعد هو عقد ملزم لجانب واحد ، ولا يمكن له أن يكون ملزماً لجانبين .

صحيح أن البعض من الفقهاء قد رأوا ، متأثرين في ذلك بالنصوص التشريعية في قوانين بعض البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، أنه من الممكن أن يجيء الوعد بالعقد ثنائياً<sup>(١)</sup> ، أى أن يتحمل به كل من الطرفين لصالح الآخر .

(١) انظر من الفقهاء الذين يرون أن الوعد بالعقد يمكن له أن يجيء ثنائياً : السهرورى ، الوسيط ج ١ ، نبة ١٣٢ . ويلاحظ أن فقهاء الكبير في المثال الذى ضرب له أطلق عليه « وعد ملزم لجانبين » قد اتجه على الأمر ، فخلط بين الوعد بالعقد وما درج عرف المعاملات على تسمية بالعقد الابتدائى . الذى سبق لنا أن عرضنا له منذ قليل ( راجع ما سبق ، نبة ٧٩ ) . وهذا الخلط من فقهاء ألفه أنسكى على صياغة نص المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى ، التى تشمل أصلاً المادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى تقول : « الاتفاق الابتدائى الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب أن يتم فيها هذا العقد » . وقد خلقت كلمة « ابتدائى » أثناء مناقشة النص في لجنة القانون الذى يجلس للتصويت ، نتيجة اعتراض من أستاذنا حاتم زكى بناءً على أن العمل قد جرى على أن العقود الابتدائية عقود



ومثال ذلك ، على نحو ما يزعمون ، أن يتواعد شخصان معاً على أن تنشأ بينهما شركة معينة في تاريخ يضر به ، أو أن يتفق شريكان في الشيوع على إجراء قسمة المال الشائع بينهما في موعد يبينانه . ومثال ذلك أيضاً ، على نحو ما يجي على لسان كثير من الفقهاء ، أن يعد زيد بكذا بأن يبيعه منزله بثمن معلوم ، إذا رغب بكذا في شرائه خلال مدة محددة . وفي نفس الوقت ، يعد بكر زيدا بأن يشتري منه هذا المنزل لو رغب زيد في بيعه ، خلال السنة المحددة . والوعد الثنائي ، أو المزدوج ، بالعقد ، برغم أن القانون المصري قد نص عليه ( المادة ١٠١ / ١ ) ، ومن قبله فعل ذلك القانون الفرنسي ( المادة ١٥٨٩ ) ، الوجد الثنائي ، برغم هذا كله ، لا يعتبر في الحقيقة مجرد وعد بإبرام العقد ، طالما أن القانون يستلزم فيه ، كما يستلزم في الوعد الانفرادي تماماً ، تحديد المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه . إذ أننا في حالتنا هذه ، نجد الطرفين يرتضيان كلاهما العقد المقصود في النهاية ، ويقبلان المسائل الجوهرية فيه ، فما الذي ينقص إذن هذا العقد حتى يقوم ويتخذ ! إن ما يطلق عليه الوعد الثنائي أو المزدوج بالعقد ليس ، في الحقيقة ، إلا هذا العقد نفسه . وإن أرحى قيامه إلى الموعد المحدد ، أى أنه عقد مقترن بأجل ، لأقل ولا أكثر . وربما كان ذلك هو الذى دعا المادة ١٥٨٩ / ١ من ملونة نابليون إلى القول بأن : « الوعد بالبيع يساوى البيع ، إذا وجد هناك رضاء متبادل من الطرفين على المبيع والثمن » . والرأى الذى نقول به أخذ يلقى قبولا من الفقه (١) وعمدت محكمة النقض إلى السير عليه (٢) .

- نهاية ، وليست مجرد وعد بعقد آخرى ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٧٩ ) .

وانظر كذلك من يقولون بالوعد الثنائي بالعقد : عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام نبذة ١٠٤ .

(١) راجع Marty et Raynaud ، ج ٢ نبذة ١١٣ - مجال ذكرى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - نبذة ٦١ .

(٢) انظر قضى ٢٥ مايو ١٩٧٢ ، الحاماة ص ٥٦ ص ٨٢ رقم ٦٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع قائم ، وليس مجرد وعد به .



#### ٨١ - التمييز بين الوعد بالتعاقد وبين الإيجاب :

هناك بعض أنظمة تتشابه مع الوعد بالعقد ، لاسيما الإيجاب إن وقع ملزماً ، والعقد الابتدائي . ويلزم التمييز بين نظامنا وبين غيره ، حتى لا يقع اللبس .

فالوعد بالعقد ، باعتباره في ذاته عقداً ، يتميز عن الإيجاب ، حتى لو كان ملزماً . فالإيجاب ليس بعقد . فإن التزم صاحبه بالإبقاء عليه في بعض الأحوال - وهذه هي حالة الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول - فإن ذلك لا يرتقي به إلى مرتبة العقد ، طالما أن القبول لم يقترن به من وجه إليه . إذ أن التزام الموجب هنا قائم على مجرد إرادته المنفردة . وهكذا يبدو الفارق جد كبير في طبيعة كل من الإيجاب وعقد الوعد .

بيد أنه إذا كان الفارق كبيراً بين طبيعة كل من الوعد بالعقد وبين الإيجاب به ، إلا أن النتيجة العملية تقترب فيهما إلى حد كبير . في الحالة التي يكون الإيجاب فيها ملزماً . فالوعد بالعقد يلزم الواعد بأن يبر بوعده ، ويرم العقد الموعد بإبرامه لصالح الموعد له ، إذا أظهر هذا الأخير رغبته في ذلك خلال المدة المحددة للوعد . بل إن مجرد إبداء الموعد له رغبته في العقد الموعد به . ووصول تلك الرغبة إلى علم الواعد خلال فترة الوعد ، يقيم ذلك العقد ، حتى إذا كان الواعد قد غير في الحقيقة رأيه . إذ أن القارئ لا يقيم هنا وزناً لنكوله عن وعده . وفي هذا يتشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم<sup>(١)</sup> تماماً . وهو من بعد تشابه ينصب على الأثر الرئيسي الذي يستهدفه كل منهما .

ومع ذلك فإن تشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم في الأثر الرئيسي المترتب على كل منهما ، لا لأنه يتي بينهما مع ذلك فارق هام ، زيادة على ذلك الذي رأيناه متمثلاً في التخالف في الطبيعة بين كل منهما . ويرجع هذا الفارق الجديد إلى أثر الموت وقد الأهلية على كل منهما .

(١) راجع في أثر الإيجاب الملزم ما سبق ، بقية ٦١ .



فالإيجاب، وإن كان في حد ذاته لا يسقط، تحت ظل قانوننا المصري، كما سبق لنا أن رأينا<sup>(١)</sup>، بموت الموجب أو الموجب له إلا أن من شأن هذا الحدث أن يحول دون قيام العقد. فموت الموجب له يجعل صدور القبول منه مستحيلاً، ولا يمكن القول بأن الخيار فيه ينتقل إلى ورثته، لأن الخيارات بخلاف الحقوق لا تورث، ثم إنه يمكن القول إن الموجب بإيجابه أراد أن يتعاقد مع ذات من وجه إليه إيجابه لأمع غيره. أما موت الموجب، فيجعل اتصال القبول بعلمه مستحيلاً، وبالتالي لا يستطيع هذا القبول أن يقترن بإيجابه، وفق ما سبق لنا أن بيناه في حينه، ثم إنه يمكن القول بأن الموجب له، بارتضاءه الإيجاب، قبل أن يتعاقد مع ذات الموجب لأمع غيره. أما الوعد بالعقد، فلا يكون للموت تأثير عليه، سواء بالنسبة إلى الواعد أو الموعود له. ذلك لأن الوعد بالعقد، بخلاف الإيجاب، هو في ذاته عقد. وهو بهذه المثابة يرتب على الواعد التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به، إذا ما ارتضاءه الموعود له في الميعاد المحدد، ويرتب للموعود له حقاً مقابلاً في ذلك. فإن مات الواعد انتقل الالتزام الذي كان يثقله إلى تركته. وحق للموعود له أن يتمسك بقيام العقد الموعود به في مواجهة ورثته، في حدود تركته. أما إذا مات الموعود له، انتقل حقه إلى ورثته، وساغ لهم أن يتمسكوا بقيام العقد في مواجهة الواعد، إذا ما جاء رضاءهم به في ميعاده، وذلك ما لم يكن الوعد قد صدر للموعود له بمراعاة شخصه.

## ٨٢ - التمييز بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي :

كما أن الوعد بالعقد يتميز عن الإيجاب، وإن كان ملزماً، فإنه يتميز أيضاً عن العقد الابتدائي. صحيح أن الوعد بالعقد والعقد الابتدائي يتشابهان في كون كل منهما عقداً تام التكوين. وصحيح أيضاً أنهما يتقاربان - وإن لم يتماثلا - في أن كلا منهما، وإن كان في ذاته عقداً، إلا أنه ليس هو آخر المطاف، وليس هو في ذاته المقصود في نهاية الأمر، وإنما هو عقد

(١) راجع ما سبق، نبة ٦٣.



تمهيدى يستهدف أمر آخر ، قد يكون عقداً جديداً ، وقد يكون مجرد إعادة صياغة لعقد قائم ، وهذا ما يمكن معه ، بشئ من التجاوز ، جمعهما معاً تحت ما يطلق عليه : عقد ما قبل العقد *avant contrat* . ولكن العقدين مع ذلك كله يختلفان اختلافاً جديراً <sup>(١)</sup> .

فالوعد بالعقد ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية ، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو عقد يرمى إلى الوصول إلى عقد آخر مختلف في ذاته عنه . فالوعد بالبيع ، مثلاً ، يستهدف الوصول إلى البيع ، ولكنه في ذاته ليس هو البيع . وعقد الوعد ، في سبيل الوصول إلى الغاية منه ، يحمل أحد طرفيه - وهو الواعد - التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به لصالح الطرف الآخر - وهو الموعود له - إذا ما ارتضى هذا الأخير قيامه خلال الميعاد المحدد . وهكذا فالعقد المقصود في النهاية لا يقوم إلا إذا ارتضى الموعود له قيامه في الميعاد المحدد . وليس عليه في ذلك إلزام . بل الأمر أمره ومترك لخياره .

أما العقد الابتدائي ، فهو ، كما سبق لنا أن رأينا <sup>(٢)</sup> ، نفس العقد المقصود أولاً وأخيراً . كل ما هنالك أنه ، لعل خاصة ، أبرم في صيغة أو شكل أولى . انتظاراً لإعادة صياغته من جديد في ثوبه النهائي . وعلى ذلك فالطرفان كلاهما ملتزمان بالعقد المقصود في النهاية . ولا حاجة لقيام هذا العقد إلى رضاء جديد من أيهما . بل إنه ليس لأيهما عنه فكاك . فالعقد الابتدائي بالبيع هو في ذاته بيع كامل ، وينتج كل آثار البيع ، فيما عدا ما يتطلب منها

---

(١) يلاحظ أن الخلط بين العقد الابتدائي والوعد بالعقد ورد في المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى. الذى تحتل أصل المادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت تلك المادة تقول : « الاتفاق الابتدائي الذى يمد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل . . . » . وصيغة « الاتفاق الابتدائي » ترجمة غير موفقة للاصطلاح الفرنسى *convention préliminaire* أى الاتفاق الأول أو التمهيدى . وقد حذفت العبارة السابقة من النص الذى جاء يقول في بدايته : « الاتفاق الذى يمد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما . . . » ، لما لوحظ من أن المقرد الابتدائية هى عقود نهائية ( راجع مجموعة الأعمال التضيرية ج ٢ ص ٧٢ وما بعدها ) .

(٢) راجع ما سبق ، نوبة ٧٩ .



إجراء معيناً لا يتوافر فيه ، كما هو الشأن بالنسبة إلى نقل الملكية في العقار ، حيث لا يكون إلا بالتسجيل ، وهو إجراء لا يلحق إلا العقد النهائي أو ما يقوم مقامه ، وهو الحكم القاضي بصحة العقد ونفاذه . بل إن عقد البيع الابتدائي يولد بذات نفسه التزاماً على البائع بالعمل على نقل الملكية إلى المشتري ، مما يقتضي منه وجوب القيام بكل ما يلزم من جانبه لتكثيف المشتري من إجراء التسجيل . فإن لم يمثل لمقتضى التزامه ، كان للمشتري أن يعمل على وصوله إلى تنفيذه عيناً ، وذلك برفع دعوى صحة ونفاذ البيع ، حيث يقوم الحكم الصادر فيها مقام العقد النهائي ، فإن تسجل انتقلت الملكية . وهكذا فالعقد الابتدائي يمكن له أن يصل بالمشتري إلى نقل الملكية إليه ، حتى لو امتنع البائع عن المساهمة في إجراء العقد النهائي .

### ٨٣ — أركان الوعد بالعقد :

الوعد بالعقد ، هو في ذاته عقد ، كما بينا . ويرتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها ، وهي الرضا والمحل والسبب . فلا بد إذ أن يراضى الواعد والموعود له على الوعد (١) ، وأن يكون كل منهما متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه (٢) ، وأن يجي رضاه خالياً من العيوب . ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه ، وهو محل الوعد مشروعاً . كما أنه يتحتم ، في النهاية ، أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد ، وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

بيد أن توافر الأركان اللازمة في العقود عموماً لا يكفي لقيام الوعد بالتعاقد .

---

(١) ولا يعتبر رضا الطرفين على الوعد قائماً إلا إذ توافقت إرادتهما على المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه كالبيع والتمن بالنسبة إلى عقد البيع ، فإن اختلفا في شأنها ما قام الوعد .  
(٢) والأهلية اللازمة في الواعد هي نفس الأهلية التي يجب توافرها فيه لو أنه أبرم العقد الموعود بإبرامه . فالأهلية التي يلزم أن تتوافر في الواعد بالبيع ، مثلاً ، هي نفس الأهلية للتخلي فيه لو أنه باع الشيء الذي وعد ببيعه . والسبب في ذلك أن الوعد يلزم الواعد بإتمام العقد الموعود بإبرامه إذا رغب فيه الموعود له . أما الموعود له ، فتكفي فيه أهلية الاختناء ، أي أهلية السبب المميز الذي يبلغ السابعة من عمره ومن في حكمه . إذ أن الوعد لا يرتب أي التزام على الموعود له ، فهو يعود عليه بالنفع المحض .



فلى جانبها ، يلزم توافر ركنين آخرين في جميع حالات الوعد بالتعاقد ، ثم ركن ثالث في حالات خاصة منه ، وهي تلك التي يكون فيها العقد الموعود بإبرامه شكلياً ، حيث يلزم أن يحى الوعد ذاته في نفس الشكل . وقد تضمنت المادة ١٠١ الأركان الخاصة بالوعد بالتعاقد ؛ وهي في ذلك تقضى بأنه :  
١ - الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد . إلا إذا عيئت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

فيلزم ، لكى يقوم الوعد بالعقد ، أن يتوافر فيه ، إلى جانب الأركان اللازمة في العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به ؛ وهي الآتية :

١ - يلزم أن يتضمن الوعد ، إلى جانب طبيعة العقد الموعود بإبرامه ، شيئاً مثلاً ، كان أم إجباراً <sup>(١)</sup> ، جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد . ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التي لا ينعقد هذا العقد بغير التراضى عليها . فهي ، بالنسبة إلى البيع ، الشئ المبوع والثمن <sup>(٢)</sup> ؛ وهي ، بالنسبة إلى الإيجار ، العين المؤجرة والأجرة <sup>(٣)</sup> ؛ وهي بالنسبة إلى الرهن ، العين المرهونة والدين المضمون . فلا يكتفى ، مثلاً ، لقيام الوعد بالبيع .

---

(١) على أنه لا يلزم بعادة أن تكون طبيعة العقد الموعود بإبرامه مبنية في الوعد بياناً قانونياً دقيقاً وسليماً . فذلك مسألة تكليف ، والتكليف ليس من شأن المتعاقدين . وإنما المقصود هنا أن تكون معالم الصفة المقررة واضحة ومبنية بياناً كافياً نائياً لهيئة .  
(٢) ولا يلزم أن يكون الثمن محدد في الوعد تحديداً حسابياً ، أى بذات مبلغه ، وإنما يكتفى أن يتضمن الوعد أساساً سليماً لتحديد ، كما إذا حدد الثمن على أساس نسبة من أجرة العين ( انظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ص ١٦ ص ١٢٩١ ) .

(٣) أما مدة الإيجار ، فهي وإن كانت ركناً في العقد ، إلا أنه ليس من المهم أن يمرض لها المالكان مباشرة ، لا في عقد الإيجار ذاته ، ولا في عقد الوعد به . إذ أن القانون ، في مثل هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد تصدا أن تكون مدة الإيجار هي تلك المحددة للرخ الأجرة ( راجع المادة ٥١٣ ) .



أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله ، إذا لم يكن قد حدد الثمن الذي يعد بأن يحصل البيع على أساسه .

والمعيار الذي يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه معينة في الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا كان من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقول الموعد له قبلته ، دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر . أم لا . فإذا كان الأمر الأول . فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلًا . وإلا فلا<sup>(١)</sup> .

٢- ويلزم أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد به خلالها إذا ما ارتضاه الموعد له . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد : وقع باطلا . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحاً ، بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . كما إنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديداً عددياً . بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلاً . وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليماً من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ طعن ١١ / ٣٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ قاعدة ١١٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعد له ، دون حاجة إلى الاتفاق على أي شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية انعقد الموعد بإبرامه أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان العقد يتم بدونها » . وانظر أيضاً نقض ١٩٦٤/١/٢٣ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ١١٥ . وقد قضى هذا الحكم بطلان وعد بالبيع لعدم تضمنه الاتفاق على شروط أساسية لبيع واحتفاظ الواعد بحق البيت فيها مستقبلاً .

(٢) انظر نقض ٣٠ مارس ١٩٧٧ ، مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٦٥ قاعدة ١٥١ . وتتلخص انقضاء الدعوى التي ضفر فيها هذا الحكم في أن شخصاً أجر لآخر شقة في عمارته ، ونظراً لصحتها ، وعده بأن يؤجر له بها أي شقة أخرى تخلو في عمارته وتكون له أنفع ، من غير أن يتضمن الوعد مدة محددة تحديداً صارماً لسريانه . خلعت بالفعل شقتان في العماره بعد أكثر من ثمانية سنوات ، وأعطى المستأجر مالك العماره برغبته في استئجار إحداها . ولكن هذا الأخير شغلها بغيره . فرفع المستأجر الموعد له دعوى يطلب فيها بإنفاذ الوعد . وقضت =



٣ - الركبان السابقان يكتفيان الوعد بالعقد بوجه عام ، على فرض توافر الأركان العامة في مجموع العقود ، وهي الرضا وخلو السبب . نبيد أنه في نوع معين من الوعد بالعقد ، وهو الوعد بإبرام العقود الشكلية ، يلزم توافر ركن ثالث ، هو أن يجيء الوعد في نفس الشكل الذي يستترمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه . فإذا تطلب القانون ، لقيام عقد معين ، شكلاً خاصاً ، وجب لقيام الوعد بإبرام هذا العقد ، أن يجيء في نفس الشكل ( المادة ١٠١ / ٢ مدني ) . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، يقع باطلا الوعد بالرهن

= محكمة الاستئناف بصحة الوعد بالتأجير ، وحددت له مدة سبع سنوات ، وعلى أساس ذلك قضت بتسكين الموعود له من إحدى الشقتين الخاليتين . وأيدت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الموضوع . وجاء في حكمها : « لما كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد يمتصه المصنف صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها ، وكان هذا العقد وفقاً لقاعدة ١٠١ من القانون المدني يعتبر ملزماً لمن صدر منه بشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التي يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون ضمناً ، فيحق للقاضي أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقدير المدة التي يجوز فيها إلزام الطاعن ( الواعد ) بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه ( الموعود له ) ، فإنه لا تريب على محكمة الموضوع إن هي قدرت المدة التي اعتبرتها معقولة في نطاق ما تستل به من سلطة تقديرية وفق مقصود الماتقين .

وهذا الحكم من محكمات العليا محل نظر عندنا . فتحديد المدة التي يلتزم فيها الواعد بإفناذ وعد لم يأت ضماً كما ذهب المحكمة ، وإنما صرح في العقد بأساس لصحتها ، وهو خلو شقة مناسب في العمارة ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وغير معروف وقته إذا قدر له أن يكون . وهكذا فأساس تحديد المدة في خصوصية الدعوى غير سليم ، الأمر الذي يبنى منه القول بمقتضى الوعد بالإيجار . من تعيين المدة التي يجب إبرام الإيجار خلالها ، والتدليل على صحة ما تقول أن محكمة الموضوع حددت مدة الوعد بتسع سنين ، وهو تحديد قام على محض التحكم منها ، فلا يستبين من وثائق القضية المنشورة أي دليل عليها . وليس صحيحاً ما ذهب إليه محكمات العليا من أن محكمة الموضوع أن تحدد مدة الوعد عند علم تحديد الماتقين لإيصالها ، مادامت المدة التي تحددها معقولة . فالأمر ليس بمجرد رخصة لمحكمة الموضوع بتقديره بما تراه مادام تقديره معقولاً ، وإنما يلزم أن يكون هذا التقدير أساس واضح من مقصود الماتقين من شأنه أن يجيب القاضي عن التحكيم فيها بحسبه .



الرسمى أو الوعد بالهبة ، إذا جاء في ورقة عرفية (١) ، حيث إن القانون يستلزم الرسمية لقيام الرهن الرسمى (المادة ١٠٣١ / ١) ، كما يستلزمها في

(١) وقد وردت في مذكرة المشروع التمهيدى ( انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٥ ) عبارة أسحتت ببلية في الفقه . فقد جاء في هذه المذكرة : « ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التصاقد المقصود فلا ، فهو يذاته تماعد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتصويص ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » .

وقد دعت هذه العبارة بعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا استلزم القانون أن يحى الوعد في نفس الشكل المطلوب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، فإن ذلك لا يشترط لذات انعقاد الوعد ، ولكن فقط لجرد إمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه ( انظر في هذا المعنى : سليمان مرقس ، نظرية العقد ، نبذة ١١٣ ، والتأمينات العينية ، نبذة ٦٩ - السهرورى ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ . ولا يمكن التسليم بهذا رأى . فالشكل ركن في الوعد لا يقوم بغير توافره . ثم إن مقومات هذا الرأى تهاثر . فهو ، من ناحية ، يقول بأن الوعد الذى يتخلف فيه الشكل يقع صحيحاً ، ويرتب على الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وهو ، من ناحية أخرى ، يقول باستحالة استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا امتنع الواعد عن إبرامه اختياراً . وفى هذا شيء يتناقى مع المنطق . فما دام الوعد صحيحاً ، ومادام هو يرتب التزاماً بإبرام العقد الموعود به ، فما الذى يمنع من استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا انتضت الضرورة ذلك ! فهذا الإجراء لا يعلو أن يكون تنفيذاً عينياً لذلك الالتزام .

والرأى الذى نراه صواباً ، وفقاً لما يظهر من نص المادتين ١٠١ و ١٠٢ ومن الفرض الذى استهدفه المشرع من استلزام أن يحى الوعد في نفس الشكل المطلوب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، هو أن تخلف الشكل في الوعد بالتصاقد ، عند لزومه ، يجر إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً ، لتخلف ركن من أركانه . فالوعد بالرهن الرسمى ، إذا جاء في ورقة عرفية ، وقع باطلاً أصلاً ، وتشابه بذلك مع الوعد بالهبة ، وإن كان القانون قد خصص الوعد بالهبة بنص يصرح بطلانه إذا لم يأت في الشكل الرسمى (المادة ٤٩٠) . انظر في نفس الرأى الذى ذهبنا إليه : جبال زكى ، المرجع السابق نبذة ٦٢ والمائش .

وإذا كان الوعد بالرهن الرسمى الذى يتخلف عنه الرسمية يقع باطلاً ، فإنه يمكن إحمال نظرية تحول العقد في شأنه إذا توافرت شروطها ، فيقوم حل أنقاضه عقد وعد بتقديم تأمين لضمان الدين دون تحديد لذاتته ، الأمر الذى من شأنه أن يسقط أجل الدين عند حكم تقديم هذا التأمين ، إذا كان للدين أجل . راجع في ذلك : مؤلفا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٩٦ .



الهيئة مالم تم تحت ستار عقد آخر من عقود المعاوضات ، أو وردت على متقونك وتم لإقباضه ( المادة ٤٨٨ ) .

والحكمة من تطلب ورود الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ظاهرة . إذ أن الوعد بإبرام عقد معين ، إذا قام صحيحاً ، كان من شأنه أن يؤدي إلى قيام هذا العقد ، إذا رغب فيه الموعود له ، كما سنبينه بعد قليل . فإذا ساءح أن نجح الوعد في غير الشكل الذي يرسمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ، لأمكن بذلك لهذا العقد الأخير أن يقوم من غير اتباع ذلك الشكل . وبهذا يتمثل الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذي يستلزمه القانون <sup>(١)</sup> .

#### ٨٤ — أثر الوعد بالعقد :

إذا قام الوعد بالعقد <sup>(٢)</sup> . أنتج أثره . وقد جاءت المادة ١٠٢ ، في شأن تحديد هذا الأثر ، تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر ضالِباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة تنام

---

(١) راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية من الملة ١٥٠ من المشروع التمهيدى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ و ٧٤ ) . وقد جاء فيها : « ... أما فيما يتعلق بالشكل ، فلا يشترط وضع خاص ... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . ففي هذه الحالة ، ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يمين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فبما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى بلوغ هذه الغاية أن يسدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصبران حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلى علم مراعاة القيود المتعلم ذكرها » .

(٢) واستخلاص وجود الوعد أو عدم وجوده من عبارات العقد ذاتها لا تمكن أن تكون مسألة تفسير ، ومن ثم فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ( نقض ١٩٥٧/١٣ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤ ) . أما تحديد ما إذا كان الوعد قد قام من عدمه بالنظر إلى توافر أركانه أو انتقائها ، فهو بالضرورة مسألة قانون ، ومن ثم فهو يخضع لرقابة محكمة النقض .



العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة : قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد .

ومن شأن هذا النص أن يثير اللبس ، لا بالنسبة إلى وجوب أن يبر الواعد بوعده ، ولا بالنسبة إلى تحميله بالالتزام بإبرام العقد الموعود بإبرامه إذا ما أبدى الموعود له رغبته فيه خلال المدة المحددة ، فهذا الأمر وذاك واضحان بيئنا بالوضوح ، ولكن النص يثير اللبس بالنسبة إلى كيفية قيام العقد الموعود به ، إذا ما أبديت من الموعود له الرغبة فيه في مياعدها ، وإلى وقت قيامه . فإذا أبدى الموعود له رغبته وكانت في مياعدها ، وامثل الواعد لرغبته تلك وحرر معه العقد الموعود به في تاريخ تال ، فهل يعتبر العقد أنه قد قام عند إبداء الموعود له رغبته فيه أم عند تحريره ؟ وإذا نكل الواعد عن وعده ، برغم إبداء الموعود له رغبته في مياعدها ، وقاضاه هذا الأخير . فهل يحكم القاضي بإيقاع العقد بحكم إنشائي . فيرجع قيامه إلى تاريخ صدوره ، أم أن القاضي يحكم بتقرير وقوع العقد من تاريخ إبداء الموعود له رغبته فيه ؟

إن نص ( المادة ١٠٢ ) لا يقطع في هذا الأمر بقول فصل . بل إن صياغته قد توحي إلى أنه إلى الرأي الثاني أقرب . ومع ذلك فإن الرأي الذي نراه صواباً ومتفقاً مع حكم القانون هو أن العقد الموعود به يقوم بمجرد أن يبدى الموعود له رغبته في إبرامه ، وتتصل رغبته تلك إلى الواعد ، طالما كان ذلك كله في الميعاد المحدد للوعد . ذلك لأن الواعد لا يتحمل فقط بالالتزام بإبرام العقد الموعود به ، إذا ما أبديت الرغبة فيه في مياعدها ، وإنما يلتزم أيضاً بالإبقاء على الوعد بالصفقة قائماً طول الميعاد ، بحيث إن العقد الموعود به يقوم من فوره بمجرد حصول الرغبة واتصالها بعلم الواعد . ولا يمكن لعقد الوعد هنا - وهو في ذاته عقد - أن يكون أدنى أثراً من الإيجاب الملزم الذي هو قائم على مجرد إرادة منفردة من الموجب . وهكذا فإذا نكل الواعد عن وعده ، وقاضاه الموعود له . وصدر الحكم بإيقاع العقد الموعود به ، فإن هذا العقد يعتبر قائماً من تاريخ إبداء الرغبة واتصالها بعلم الواعد . فالحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس إنشائياً . وهذا الذي وصلنا إليه يسر عليه الفكر القانوني في مصر



قها<sup>(١)</sup> وقضاء<sup>(٢)</sup> ، وإن كان جوهر المسألة وما يمكن له أن يشتره من خلاف لم يحظ باهتمامه أصلاً . أما في الفكر القانوني الفرنسي ، فالمسألة لازالت ماثراً للخلاف .

هكذا نصل إلى أن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود له<sup>(٣)</sup> ويتصل رضاؤه به بعلم الواعد ، طالما حصل ذلك كله في الفترة المحددة لبقاء الوعد<sup>(٤)</sup> .

(١) انظر : السهري ، الوسيط ج ١ نبذة ١٣٩ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٠٧ - جبال ذكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٦٣ .  
(٢) انظر : نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ طعن ١١/٣٧ في مجموعة النقض س ٢٤ ص ٢٤٩ قاعدة ١١٥ .

(٣) عل أنه لا يمتد برضا الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد . فإذا قبل الموعود له إبرام العقد ، ولكن على نحو يتفاير مع ما اتفق عليه في الوعد كشرط له ، فإنه لا يقوم أصلاً . راجع في ذلك نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ طعن ١٩٨/٣١ في مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١ قاعدة ٢٠٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شركة البيبي كولا استأجرت قطعة أرض من شخص معين ، استحصلت منه على وعد ببيعها لها إذا رغبت في شرائها في ميعاد محدد ، وذلك بشن يتحدد على أساس الأجرة السنوية ( عشرون ضعفاً ) ، وكانت الأجرة نفسها محددة على أساس يدخل فيه ثمن زجاجات البيبي كولا . أبدت الشركة رغبتها في البيع في الميعاد ولكن على أساس ثمن رأتها المحكمة غير متفق مع الأساس الذي تضمنه الوعد ، فقضت المحكمة بعدم قيام البيع . وجاءت في حكمها تقول : « لما كان يشترط قانوناً لانعقاد العقد - في حالة ما إذا أبلى الموعود له رغبته في التعاقد - مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد - فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يدخل في الوعد ، فلا ينتقد العقد ، ما لم تقبل الواعد هذا التمدل . إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد ، فلا ينتقد العقد به إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر - وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائفة وفي نطاق سلطاتها الموضوعية أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، لأن الشركة أظهرت رغبتها في الشراء بشن يقل عن الثمن المتفق عليه في العقد والذي صدر الوعد من المطمون ضده على أساسه ... ، فإن احكم إذا انتهى إلى أن البيع لم ينتقد ... فإنه لا يكون قد خالف القانون » .

(٤) ويمكن لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه بعلم الواعد في اللغة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه العقد الذي ارتضاه ، بل إن يتفق في الوعد على غير ذلك ، وما لم يستدل من سكوت الوعود له على أنه أراد أن يوجب الواعد بالتقابل عن العقد الذي قام . وفي مثل هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بدوره =



أما قبل ارتضاء الموعود له العقد الموعود بإيرامه : فليس يوجد إلا عقد الوعد . أما العقد الموعود بإيرامه فليس بقائم بعد . فإذا وعد شخص ، مثلاً آخر بأن يبيعه منزله ، إذا رغب في شراؤه خلال سنة ، قطعاً أن هذا الوعد ثم يقرن بارتضاء الموعود له قيام العقد الموعود به ، فالبيع غير قائم ولا ينتج آثاره . ويترتب على ذلك أنه لا يحق تسجيل الوعد بالبيع ، إذا ورد في شأن عقار . وهو إن سجل : ما كان لتسجيله أثر . وتبقى ثمار الشيء الموعود ببيع الواعد . ولا تكون للموعود له إلا بعد أن يرتضى الشراء في الميعاد المحدد للوعد : وابتداء من تاريخ ارتضاءه إياه ، بل من التاريخ الذي يعلم فيه الواعد بهذا الرضاء .

وغنى عن البيان أن العقد الموعود بإيرامه لا يقوم ، إعمالاً للوعد : إلا إذا ارتضاء الموعود له واتصل رضاه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد . أما إذا انقضت تلك المدة ، من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاه الموعود له ، فإن الوعد يسقط من فوره ومن تلقاء نفسه ، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً ، وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار (١) .

وموت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به ، إذا حصل الرضاء به في ميعاده . فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقى للموعود له خياره في قيام العقد الموعود به . ليباشره في مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ما صلب رضاه بذلك العقد على

---

= التباين إن صراحة وإن دلالة ، اعتبر العقد الموعود بإيرامه أنه قد قام ضلاً ، ولكنه انحل بعد قيامه . واستخلاص حلول التباين هنا من علمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية . انظر فيما سبق نقض ١٣ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ من ٥٧٦ قاعدة ٦٤ .

(١) انظر نقض ٦ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٥ من ٨٣٤ قاعدة ١٢٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المضمون عليه قد تمهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل ذلك وقام بدفع الثمن خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المضمون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار أو تنبيه ، إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء .



نحو ما يتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه .

#### ٨٥ — التعاقد بالعربون :

الأصل في التعاقد أنه بات ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتخل منه . ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد ، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته . ومن أبرز هذه الحالات ، التعاقد بالعربون . وهذا النوع من التعاقد شائع في العمل ، لا سيما في البيع والإيجار .

والعربون <sup>(١)</sup> les arrhes هو مبلغ من النقود ، أو أى شئ آخر غيره ، يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد ، وإن كان الغالب في العمل أن يقتصر العربون على النقود .

وقد عمد القانون المدني المصري إلى تنظيم التعاقد بالعربون ، وذلك في المادة ١٠٣ منه ، التي جاءت تقضى بأنه : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العلول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون ففده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العلول أى ضرر » .

وسوف نتناول العربون في دلالته ، ثم نتكلم في خيار العلول عن العقد المقرن به ، لنعقب بأثر هذا العلول ، ونكمل بالكلام في استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المقرن بالعربون ، لننتهى بعرض نظام العربون في الفقه الإسلامى .

#### ٨٦ — دلالة العربون :

قيام أحد المتعاقدين بدفع العربون للآخر ، عند إبرام العقد ، يستهدف إحدى غايتين أساسيتين ، وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة . فقد يقصد المتعاقدان ،

---

(١) ويقال في اللغة : العربون ( بضم العين أو فتحها ) ، كما يقال أيضاً عربان ( بضم العين ) .



البائع والمشتري مثلا ، من دفع العربون . منع أحدهما أو كليهما خيار العدول عن العقد الذى أبرماه ، أى أنهما يقصدان من العربون أن يكون عربون عدول . وقد يقصد المتعاقدان من دفع العربون عكس ماسبق ، أى تأكيد إبرام العقد . وجعله باتاً نهائياً لارجوع فيه ولا نكوص عنه ، وذلك عن طريق تعجيل جزء من المقابل الذى يلتزم به أحدهما : أى الثمن ، مثلا : بالنسبة إلى عقد البيع ، وهنا يكون المقصود هو عربون البتات . فالأمر فى تحديد ما إذا كان العربون هو عربون رجوع أم عربون بتات مرده إلى قصد العاقدین عنه إبرام العقد <sup>(١)</sup> .

ولكن قصد العاقدین قد يعم على القاضى ، فيترك دفع العربون وراءه ظلال الشك فى أمره . وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذى يفسر فيه هذا الشك ، إذا ما قعدت وسائل التفسير عن تبديده : أيفسر على نحو أن العاقدین قد قصدا من دفع العربون تأكيد قيام العقد : ومن ثم بتاته ، أم يفسر على أنه يفيد أنهما قصدا به ثبوت خيار الرجوع فى العقد ؟ وبعبارة أخرى ، أيفسر دفع العربون على أن العاقدین قد قصدا به أن يكون عربون بتات أم عربون رجوع ؟

وفى سبيل الأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك ، اختلفت تقنيات الدول وتباينت أحكامها <sup>(٢)</sup> . وجاء القانون المصرى يسير فى اتجاه عربون الرجوع ،

---

(١) انظر : نقض ٣٠ إبريل ١٩٧٠ ، طعن ٣٦/٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٧٤٣ قاعدة ١٢ .

(٢) فن كان من تلك التقنيات جرمانى النزعة سار فى اتجاه عربون البتات ، كالقانون الألمانى ( المادة ٣٣٦ ) ، والقانون السويسرى ( المادة ١٥٨ من مدونة الالتزامات ) ، والقانون البولونى ( المادة ٧٤ ) . أما التقنيات اللاتينية النزعة ، فلم تتفق كلمتها ، وسار البعض منها فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون الفرنسى ( المادة ١٥٩٠ ) ، والبعض الآخر فى اتجاه عربون البتات ، كالقانون الإيطالى القديم ( المادة ١٢١٧ ) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ١٧٠ ) ، والقانون التونسى ( المادة ٣٠٣ ) والقانون المغربى ( المادة ٢٨٨ ) . وحذا حذو القانون المصرى أكثر قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته ، فسارت بدورها فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون السورى ( المادة ١٠٤ ) ، والقانون الليبى ( المادة ١٠٣ ) ، والقانون الكويتى ( المادة ٧٤ ) . ولم يخالف هذا الاتجاه إلا القانون العراقى حيث اعتبر العربون ، عتة الشك ، عربون بتات ( المادة ٩٢ ) .



بجاءه من دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، قرينة قانونية على أنه يفيد منع كل من المتعاقدين حق العدول ، أو خيار العدول ، عن العقد الذي أبرماه ، وذلك إلى أن يثبت أنهما قصدا غير ذلك إن صراحة أو ضمناً . وفي ذلك تنص المادة ١٠٣ / ١ بأنه : « دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » . وقد جاء هذا النص متجاوباً مع انسائد عرفاً في مصر<sup>(١)</sup> .

وهكذا فدفع العربون يقوم قرينه على أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون لكل منهما خيار العدول عن العقد الذي أبرماه . وذلك دون اعتداد بإرادة الطرف الآخر ، بشرط أن يكون هذا الدفع قد تم عند التعاقد ، لا بعد ذلك . يند أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت ، صراحة أم ضمناً ، إلى ما يخالفها<sup>(٢)</sup> . ويجوز دحض هذه القرينة بكل طرق الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن<sup>(٣)</sup> . والمسألة من بعد مسألة واقع . وتختلف باختلاف ظروف كل حالة ، ومردّها ، في النهاية : لتقدير قاضي الموضوع ، الذي يعمل ، من خلال أدلة الإثبات

---

(١) جاء المشروع التمهيدى ، في المادة ١٥٢ منه ، بجاءه من دفع العربون وقت إبرام العقد دليلاً على بطلانه ، ما لم يقضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ولكن عدل من هذا الاتجاه وتغير النص على النحو الذي جاءت به المادة ١٠٣ من القانون لتصير دلالة العربون على أنه عربون رجوع ما لم يتفق العاقدان على بطلانه . وجاء تبريراً لهذا العدول أنه قصد به التمسك مع العرف السائد في بلادنا ( انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٨٠ وما بعدها ) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ طعن ٥٦ / ٣٥ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٤٤ قاعدة ٥٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيجبر المدفوع تنفيذاً له وجزماً من الثمن » . (٣) ومن القرائن التي تدل على ما يخالف القرينة التي يقيسها القانون والمتطلة في اعتبار العربون عربون رجوع ، أن يكون المبلغ المدفوع كبيراً ، كما إذا اشترى شخص سيارة ، مثلاً ، بألف جنيه ، ودفع من الثمن خسارة أو أكثر . فحسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب ، تنهض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصدا منه أن يكون عربوناً محولاً حق العدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءاً ممبلاً من الثمن في بيع بات لا رجوع فيه . والأمر من يده متروك لتقدير قاضي الموضوع .



المقدمة له ، على أن يستظهر منها ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد قصدت مخالفة القرينة التي يقيمها القانون من علمه <sup>(١)</sup> . فإن لم تظهر له تلك الإرادة ، تخم عليه اعتبار العربون عربون علول . وقاضى الموضوع . بالنسبة إلى هذا الأمر الأخير ، يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن مسأله مسألة قانون ، وليست مجرد مسألة واقع <sup>(٢)</sup> .

#### ٨٧ - مباشرة خيار العلول في التعاقد بالعربون :

رأينا ، فيما سبق ، أن للعربون ، وفقاً لما تقتضيه المادة ١٠٣ / ١ ، دلالة تتركز في أن دفعه ، وقت إبرام العقد ، ينبض قرينة قانونية على أن العاقدين قد فصداً من دفعه تحويل كل منهما خيار العلول . بيد أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات العكس .

وهكذا فالحال لا يخرج عن أحد فرضين : فلما أن يقام الدليل على عكس القرينة القانونية ، وإما أن أحداً لا يفلح في إقامته .

فإن كان الأمر الأول ، تهلمت القرينة القانونية ، واعتبر العربون

---

(١) انظر نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ مجموعة النقض س ٢٦ ص ٥٧ قاعدة ٩٢ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً نقض ١٩٥٥/٣/٢٢ ملن ٢٢٢/٣٠٧ ق مجموعة النقض ص ٣٦٩ . وقد جاء في حكمها : « لحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن انقضى به البيع بآناً ، أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العلول . إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائفة » . ويلاحظ أن ثمة عدم دقة في الصياغة قد لحق عبارة الحكم التي سردناها . إذ أن حكمة الموضوع لا تستظهر في حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدوا من دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على حكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدوا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون عربون بآناً . فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تخم عليها أن تقضي بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيها إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف . فإن لم تفصل ، وقع حكمها في مخالفة القانون ، وكان حرياً به أن ينقض . فتلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع . انظر في نفس معنى الحكم الذي سردنا عبارته وينفس ألفاظه تقريباً : تمييز الكويت ١٩٧٧/١٢/٥ ملن رقم ٧٧/٤ تجارى . وانظر كذلك تمييز الكويت ١٩٧٩/١٢/٧ ملن رقم ٧٨/٧ تجارى .

(٢) راجع الهامش السابق .



عربون بتات ، وما كان لأى من العاقدين عن العقد نكوص ، واستحال عليه أن يستقل بتقضيه <sup>(١)</sup> . أما المبلغ المدفوع ، فيخصم من قيمة ما يستحق على دافعه ، باعتباره مجرد معجل دفع تنفيذاً للعقد . فإذا كان المشتري ، مثلاً ، هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه ، استقطع من الأجرة المطلوبة منه .

فإن كان الأمر الثانى ، بأن لم يفلح أحد العاقدين فى إقامة الدليل على عكس القرينة التى أقامها القانون ، بقيت هذه القرينة قائمة ، وتبتت للعربون دلالة فى أنه يمنع خيار الرجوع لأى من العاقدين ، دون اعتداد بإرادة العاقد الآخر .

#### ٨٨ - وقت مباشرة خيار العلول :

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه خيار الرجوع أو العلول عن العقد ، وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الخيار .

والحال ، بالنسبة إلى وقت مباشرة خيار العلول ، عند ثبوته ، لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون ثمة ميعاد محدد لذلك ، أو لا يكون .

فإن تحدد لمباشرة خيار العلول ميعاد معلوم ، بمقتضى الاتفاق أو العرف لم تكن ثمة صعوبة ، ووجب مباشرة رخصة العلول خلاله ، وإلا تأكد قيام العقد ، وصار إلى بتاته . فإن لم يحدد ميعاد لمباشرة خيار الرجوع عن العقد اتفاقاً أو عرفاً ، بقى هذا الخيار قائماً للمتعاقد ، وحق له أن يعدل عن العقد ، إلى أن يصدر منه ما يمنع عن رغبته فى تأكيد قيامه ، وبالتالي عن رغبته فى التزول عن خيار العلول عنه . وتلك الرغبة من المتعاقد قد تحيى منه

---

(١) وإذا اعتبر العقد هنا باتاً ونهائياً ، مرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها ، حتى إذا ما قضى بفسخه ، نتيجة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته ، وطلب المصالح الذى حصل الإخلال إنساراً به بالتعويض ، فإن هذا التعويض يقدر وفقاً لقواعد العامة ، أى على حسب جسامته الضرر ، ومن غير أن يكون للمبلغ الذى عجل كعربون أى دخل فى ذلك . راجع السجوى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ نبرة ١١٣ .



صرحة ، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال ، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العريون أو قبضه ، على حسب الأحوال ، بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته .

وإذا كان قيام العاقد ، بعد دفع العريون أو قبضه ، بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ينهض دليلاً على رغبته في تأكيد قيام هذا العقد ، ويعتبر بالتالي نزولاً ضمنياً منه عن حقه في العدول عنه ؛ إذا كان ذلك ، فإن قعود العاقد عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد لها مدة تتجاوز المألوف قد يدل على أنه أراد أن يباشر خياره في الرجوع عن العقد . والمسألة من بعد مسألة واقع ، يستظهر فيها قاضي الموضوع قصد العاقد بما يدخل في سلطته التقديرية . فكما أن النزول من العاقد عن خيار العدول يمكن أن يستخلص دلالة من ظروف الحال ، فإن مباشرة هذه الخيار بدورها يمكن أن يستدل عليها من تلك الظروف .

#### ٨٩ - الأثر المترتب على مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعريون :

إذا ثبت خيار العدول في التعاقد بالعريون . واستعمله المتعاقد بالفعل في ميعاده ، ترتب على ذلك أثر أساسي هام ، يتمثل في إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن أصلاً . فالعقد هنا لا يزول بالنسبة للمستقبل فحسب . بل بالنسبة إلى الماضي أيضاً ، وكأنه لم ير نور الحياة قط .

ولكن أثر مباشرة خيار العدول لا يقف عند إزالة العقد ، على جليل خطرها ، وإنما له أثر آخر هام . ويتعلق هذا الأثر الآخر بمقابل استعمال الخيار ذاته . فالمتعاقد بالعريون ، وإن كان القانون يمنحه خيار الرجوع عن العقد ، إلا أنه لا يمنحه إياه بالخيار ، وإنما بمقابل يحمله به . ويتحدد هذا المقابل بمبلغ العريون المدفوع ذاته . فإن كان الذي عدل عن العقد هو من دفع العريون ، ضاع عليه العريون ، وأصبح بذلك حقاً خالصاً لمن قبضه . أما إذا كان العادل هو من قبض العريون ، التزم بأن يدفع للمتعاقد الآخر مبلغاً يساويه ، فضلاً عن التزامه برده ، اعتباراً بأنه أصبح ولاحق له فيه .



وهذا كله بغض النظر تماماً عما إذا كان العدول من العاقد قد رتب لغريمه الضرر أم لم يرتب . وفي ذلك جاءت المادة ١٠٣ / ٢ تقضي بأنه : « فإذا عدل من دفع العربون ، ففقدته . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولولم يرتب على العدول ضرر » .

ونكرر أن العربون يستحق على اعتبار أنه المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول ، أو هو الثمن المحدد لمباشرة هذا الخيار . وعلى ذلك فالمتعاقداً الذي يعدل عن العقد يلتزم بدفع العربون كاملاً للطرف الآخر ، حتى لو كان الضرر الذي سببه العدول لهذا الطرف الآخر يقل عن قيمة العربون ، بل حتى لو لم يسبب له أدنى ضرر ، بل حتى لو استتبع له العدول النفع ، كما إذا أعاد الصفة لشخص آخر بثمن أكبر .

وإذا كان يحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به أن يأخذ كل مبلغ العربون المتفق عليه ، حتى لو لم يبلغ الضرر الناجم له مداه ، أو حتى لو اتنى هذا الضرر بالكلية ، بل حتى لو كان قد استفاد من عدول غريمه عن الصفقة ، فهو لا يستحق أن يطالب بأكثر منه ، ولو ثبت أن الضرر الذي ناله من العدول يتجاوزها . فالسألة هنا ليست مسألة تعويض للمتعاقداً عن الضرر الذي يناله من جراء عدول غريمه عن الصفقة ، وإنما هي رخصة تستعمل ، ولكن في مقابل مبلغ متفق عليه لاستعمالها ، ومحدد بقيمة العربون لا أقل منه ولا أكثر <sup>(١)</sup> . ففكرة التعويض هنا غير واردة أصلاً . إذ أن التعويض في مجال العقود ، لا يكون إلا عند الإخلال بالالتزام الناشئ عنها . والمتعاقد بالعربون الذي يعدل عن العقد ، لا يخل بعهده هذا بالتزام ما ، بل على التقيض من ذلك هو يستعمل حقاً ثابتاً له يقره العقد ذاته . ومن يستعمل حقاً لا يخطئ ولا يخل . فالجواز الشرعي يتأني الضمان ، كما تقول القاعدة الأصولية في الفقه الإسلامي . من أجل ذلك حرص المشرع ، في المادة ١٠٣ / ٢ على أن يصرح بأن العربون يستحق للطرف الذي حصل العدول عن العقد إضراراً به ، « ولو لم يرتب عن العدول ضرر » .

(١) راجع في ذلك : السهوري ، المرجع السابق نيفة ١١٣ .



وإذا كان العربون يستحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به كجهد مقابل لاستعمال غريمه خيار العدول ، ودون اعتبار بعد ذلك لما إذا كان العدول قد رتب له ضرراً أم لم يرتب . ولا ملدى هذا الضرر إذا كان قد وقع : إذا كان ذلك ، فإن العربون يختلف اختلافاً جذرياً عن الشرط الجزائي ، الذى هو تقدير اتفاقى للتعويض عن الضرر الناجم نتيجة الإخلال بالالتزام : الأمر الذى يجعل قيمته قابلة للإتفاص حتى تتناسب مع ملدى الضرر <sup>(١)</sup> .

#### ٩٠ - أثر استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالعربون :

بيننا ، فيما سبق ، الأثر المترتب على التعاقد بالعربون . وهو يتركز فى أن دفع العربون ، عند إبرام العقد ، ينهض قرينة على أن العاقدين ارتضيا أن يكون لكل منهما خيار العدول عنه ، ما لم يثبت العكس . فإذا ثبت ذلك الخيار ، وباشره بالفعل ، فى ميعاده . من دفع العربون : فقد . فإن باشره من قبض العربون ، التزم برده وبدفع مثله .

وقد يحصل ، فى بعض الأحيان ، أن تكون بصدد عربون العدول . وفى الفترة المحددة لمباشرة الخيار ، وقبل استعماله ، ثم يهلك محل الالتزام المترتب على أحد العاقدين ، كما إذا تعلق الأمر ، مثلاً ، ببيع منزل أو بقرة بالعربون ، وتهدم المنزل أو نفقت البقرة ، حالة كون الميعاد المحدد لمباشرة خيار العدول باقياً لم ينقض ، ومن غير أن يباشر هذا الخيار : فإذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

لم يعرض قانوننا المدنى لحكم الحالة التى نحن بصدددها <sup>(٢)</sup> . ولكن هذا

---

(١) راجع فى الشرط الجزائى وأحكامه المواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ مدنى .

(٢) كان المشروع التمهيدى يتضمن نعتاً يحكم هذه الحالة ، وهو نص المادة ٢/١٥٣ منه ، الذى جاء يقضى بأنه : « ٢ - ويتمين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد بطلاً من المتعاقدين أو باتفاق بينهما » . وحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء « ( راجع محررة الأثرل التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ و ٨١ ) » .



الحكم ليس بالأمر العسير . فن شأن القواعد القانونية العامة . أن تقودنا إليه في سر وفي غير عناء .

ففي مثل الحالة التي نحن بصددھا ، يتعين التفرقة بين ما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد الذي له خيار الرجوع ، كما إذا قام هذا بذبح البقرة المبيعة أو هدم المنزل ، فاستحال عليه بذلك ، ونتيجة فعله ، الوفاء بالتزامه ، وبين ما إذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه ، كما إذا نفقت البقرة قضاء وقدرًا ، أو تهدم المنزل .

فإن كان الأمر الأول ، أي كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد صاحب خيار الرجوع ، اعتبرت تلك الاستحالة في حكم العلول عن العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة العربون المتفق عليه . فلا يكون له حق في التعويض عما عساه أن يدعيه من ضرر ناجم له بسبب هلاك الشيء . ذلك لأنه كان على هذا للمتعاقد الآخر أن يتوقع من غريمه أن يرجع عن العقد ، إعمالاً لخيار العلول الثابت له . فكان ثمة ضرراً لم ينله . ثم إنه يمكن القول بأن قيام المتعاقد بإهلاك الشيء ، إذا كان هو الذي أهلكه بنفسه ، يعتبر منه مباشرة ضمنية لخياره في العلول . على أن الحكم الذي وصلنا إليه هنا لا يسرى بطبيعة الحال ، إلا إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام في الفترة التي يكون فيها خيار الرجوع قائماً لم يزل . فإن زال خيار الرجوع ، وصار العقد بالتالي إلى بتاته ، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام خطأً للمتعاقد ، أثقلته المسؤولية وفقاً للقواعد القانونية العامة .

أما إذا كان الأمر الثاني ، أي كانت استحالة تنفيذ الالتزام المترتب عن العقد راجعة لسبب أجنبي عن المتعاقد لا يد له فيه ، فإن الحكم يكون واضحاً لا صعوبة فيه . إذ أن العقد هنا ينفسخ بقوة القانون ، إعمالاً للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة ١٥٩ منقذ ، الأمر الذي يؤدي إلى وجوب إرجاع العاقدین إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرام العقد ، فيلزم من ثم للمتعاقد الذي قبض العربون برده إلى دافعه .



ويأخذ حكم انفساخ العقد . بالنسبة إلى وجوب رد العربون ممن قبضه ،  
التفاسخ أو التقايل الذى يتفق عليه المتعاقدان . فمن شأن التفاسخ أو التقايل  
أو الإقالة إلغاء العقد بأثر رجعى واعتباره كأن لم يكن ، الأمر الذى يستلزم  
إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد .

#### ٩١ - التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامى :

عرف الفقه الإسلامى بدوره التعاقد بالعربون : ولجأ إلى تنظيمه على نحو  
سائق ومقبول ، وإن اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه . وإذا كان الاتجاه  
السائد ، في الفقه الإسلامى ، هو صحة التعاقد بالعربون في ذاته ، إلا أن  
الخلاف قد ثار ، تحت ظله ، حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على  
دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع في العقد . فالمالكية وإن أجازوا التعاقد  
بالعربون . إذا كان من شأنه أن يعطى للعائد خيار الرجوع ،  
إلا أنهم لا يقرون الاتفاق على أنه يفقد العربون ، إذا ما باشر خياره هذا ،  
وإلا وقع العقد فاسداً . وسند هذا رأى عند أصحابه أن النبي ، عليه صلوات الله  
وسلامه : قد نهي عن بيع العربان ، اعتباراً بأنه غرر وأكل المساك بالباطل .  
أما الحنابلة . فهم يجيزون التعاقد بالعربون ، حتى في الحالة التى يتفق فيها  
على ضياع العربون على صاحبه عند نكوله عن الصفقة . وهم يدافعون عن  
رأيهم بمقولة إن الحديث المروى في النهي عن بيع العربون هو حديث  
ضعيف في نسبه إلى الرسول .

#### ٩٢ - التعاقد بالزايده :

الغالب في واقع حياة الناس أن يتم التعاقد بالممارسة . ولكن يحصل  
مع ذلك ، في أحوال كثيرة ، وعلى الأخص في البيع والإيجار ، أن يتم  
التعاقد عن طريق الزايده ، سواء أحتمها القانون ، كما هو الشأن في بيع  
أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ،  
وفي بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبرى عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ،  
أم التجأ إليها المتعاقدان طوعاً منها واختياراً ، كما إذا نظم شخص نزاداً



يجزئه بنفسه أو بوساطة آخر يتوب عنه في إجراءاته لبيع مقولاته أو عقاراته أو تأجيرها . . .

وإذا تم التعاقد بطريق المزايدة ، توجب بيان حكمه . ويتركز بيان حكم هذا النوع من التعاقد في تحديد ما يعتبر إيجاباً ، وفي مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه ، وأخيراً في تحديد الوقت الذي يتعقد فيه العقد . . .

وقد جاءت المادة ٩٩ تنظم البيع بالمزايدة ، وهي في ذلك تقول : « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزااد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً » .

.. ومؤدى هذا النص أن الإعداد للمزااد وافتتاحه لا يعتبران إيجاباً . فهما لا يعنوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبيت تلك الدعوة : بأن تقدم شخص إلى المزااد وأدلى بعطائه فيه ، كان عطائوه هذا هو الإيجاب (١) و (٢) .

وهكذا نجد أن قانوننا المصرى ، بين الترتين اللتين قامتا في الفكر القانونى بصدد هذا النوع من التعاقد ، ينحو منحى الترة التى ترى الإيجاب فى العطاء الذى يتقدم به المتريد ، تاركاً الترة الأخرى التى ترى الإيجاب متمثلاً فى الإعداد للمزااد وفتححه ، اعتباراً منه أنهما لا يعنوان أن يكونا من قبيل الدعوة إلى التعاقد . .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد شئ من التعديل فى الصياغة ، المادة ٩٩ من القانون ، ما يأتى : ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الممن ليس فى منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول ، فلا يتم إلا برسو المزااد . وقد أعرض المشروع عن المنصب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الممن إيجاباً وفى التقدم بالعطاء قبولاً . .

(٢) انظر : نقض مدق ٩ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٨/١١٢ بمجموعة أحكام النقض ص ٦٨ قاعدة ١٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن افتتاح المزايدة ، ولو على أساس سر معين ، لا يعتبر إيجاباً . فالإيجاب يكون من جانب المتريد بالتقدم بالعطاء ، ولا يتم القبول إلا بإرساء المزااد .



ويعتبر التقدم بالعطاء إيجابياً ، ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزايدة ، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء ، ولا يعتبر أخذه قبولاً لرياء ينقذه به العقد<sup>(١)</sup> . كما أن العطاء يعتبر مجرد إيجاب ، ولو كان هو الأكبر ، ولو أدى إلى سقوط غيره من العطاءات الأخرى الأقل منه<sup>(٢)</sup> .

وعطاء المزايدة — وإن اعتبر إيجاباً — إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به إلى حين تقدم مزايده آخر بعطاء أفضل ، أو إلى أن يقفل المزايدة ، دون أن يرسي على أحد . إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطاءه ، أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزايدة<sup>(٣)</sup> . وهذا الحكم يتمشى مع قصد المتعاقدين . فمن يتقدم بعطاءه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً ، ويظل ملتزماً به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه ، أو إلى أن يرسي المزايدة عليه إذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء . فهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للأصل العام الذي قرره المادة ٩٣ ، والذي مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً ، إذا اقترن

---

(١) انظر حكم محكمة النقض المشار إليه في الهامش السابق . وقد جاء فيه أن دفع التأمين شرط لازم للدخول في المزايدة ، وقبول الوزارة (الهيئة التي أجرى المزايدة لصالحها) هذا التأمين لا يمنحها من أن تستعمل حقها في رفض العطاء المقدم من دافعه ، ولو كان هو العطاء الأخير .

(٢) انظر نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ ، طعن ٣٤٤/٥٦٩ في مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٥٧ قاعدة ١٥٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه طبقاً للمادة ٩٩ من القانون الذي سقط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انتقاد المقدم بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة ، لأن التقدم بالعطاء ، ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ، ليس إلا إيجاباً من صاحب هذا العطاء ، فلا بد لانتقاد المقدم من أن يصادفه قبول بإرساء المزايدة عليه من يملكه .

(٣) انظر نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا كان المعلنون ضد (الداعي للمزايدة) قد أثبت في محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قد قرر إعطاء المزايدة بقراره خلال ثلاثة أيام . . . ووقع الطاعن (صاحب العطاء الأخير) على هذا المحضر بعد هذه العبارة ، فإنه يكون بذلك قد قبل مه الأجل المحدد أصلاً (للداعي للمزايدة) في قائمة شروط المزايدة لاستعمال حقه في القبول أو الرفض ... » .



بمعاد القبول . فإن كان من الممكن لهذا المعاد أن يجي صريحاً ، فإنه قد يستخلص دلالة من الظروف .

وبمجرد أن يتقدم شخص بعباء يزيد على عباء سابق ، يسقط هذا العبء السابق ، حتى لو وقع العبء الجديد باطلاً<sup>(١)</sup> ، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أفضل المزاود دون أن يرسو على أحد<sup>(٢)</sup> ، وذلك ما لم يتضح من الظروف أن النية قد انصرفت إلى غير ذلك . والسبب في ذلك أنه يفترض في صاحب العبء الأول أنه يريد ، أن يبقى عباءه هذا قائماً إلى حين التقدم من آخر بعباء أفضل ، دون مانظر إلى قيمة هذا العبء الأخير في ذاته أو إلى مصيره . فإن حصل هذا العبء الأفضل ، انتهى المعاد الذي حلتد لبقاء الأصغر قائماً ، من غير أن يكون قد لحقه القبول ، فيزول . على أن هذا الحكم لا بدلو أن يكون مجرد إعمال لإرادة المتريد ، أخذاً بالغالب . فإن اتضح أن المتريد ارتضى غيره ، عمل برضائه . لأن مرد الأمر إليه<sup>(٣)</sup> .

وإذا كان العبء الذي تقدم به المتريد هو الأفضل ، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعباء يفوقه ، بقي العبء الوحيد الذي يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول

(١) ومثال العبء الباطل ذلك الذي يتقدم به قاض أو محام بشأن شراء حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هو النزاع يدخل في ولاية المحكمة التي يعمل في دائرتها ( المادة ٤٧١ مدني ) . ومثال العبء الباطل أيضاً ذلك الذي يتقدم به مجنون .

(٢) وقد جاء في مذكرة انشروع التمهيدى : « ويراعى أن العبء الذي تلحق به صفة القبول وفقاً لحكم النص ، يسقط بعباء يزيد عليه حتى لو كان هذا العبء باطلاً ، أو قابلاً للإبطال ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقبل المزاود دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق لقواعد العامة . فإدام اتقدم بالعبء هو الإيجاب ، فهو يسقط إذا لم يصادف القبول قبل انقضاء المعاد المحدد . أما المعاد في هذا الفرض ، فيحدد انقضاء من دلالة ظروف الحال ، ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو يقتضى بلا شك عت التقدم بعباء أكبر ، أو إقبال المزاود دون أن يرسو على أحد ( مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٦٥ ) .

(٣) وهذا ما يحدث بالفعل في المزايدات أو المناقصات داخل منظومات . فالمتريد أو المناقص هنا لا يعمل بالعبءات المنقصة من غيره ، إلا بعد البت النهائي في الأمر . ومن ثم يتسنى القول بأنه أراد أن يقيد بقاء إيجابه إلى حين تقدم عباء آخر أكبر أو أقل . ويكون التفسير المتفق هو أنه أراد أن يبقى إيجابه قائماً حتى إرساء المزايدة أو المناقصة . ومن ثم فيجوز أن يقع القبول على أى عباء ، دون أن يكون لصاحبه أن يحاج بوجود ما يزيد عليه أو ينقص عنه :



ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد ، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء (المادة ٩٩) .

فن الجائز أن يرفض العطاء الأخير . وهنا يقفل المزاد : دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا يتعقد العقد ، اعتباراً بأن الإيجاب لم يلحقه قبول : كما أن العطاء الأخير يعتبر مرفوضاً أيضاً ويسقط ، إذا أفضلت المزايدة دون أن ترسنى على صاحبه .

والأصل أن للداعي للمزاد أن يرفض العطاء ، ولو كان هنو الأفضل أو الأخير ، دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسئولية . ذلك لأنه موجب له ، وللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه ، دون أن يكون عليه معقب . بيد أنه إذا اتضح هنا من الظروف أن من أجري المزاد لصالحه قد أخطأ ، بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول . بعد أن دعا إليه . قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع . والترم بالتعويض . وقد يرى القاضي أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العيني : فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر .

وإذا تضمنت قائمة المزاد شرطاً يعطى منظمه الحق في رفض العطاء . وقع هذا الشرط صحيحاً ، على أن يكون المتزايد قد علم به : أو في الأقل كان في مكتته أن يعلم به . وتؤدي صحة هذا الشرط إلى انتهاء الخطأ عن الداعي للمزاد ، إذا رفض أي عطاء ، حتى لو كان هو الأكبر <sup>(١)</sup> . وهذا ما يفسر لنا

(١) انظر نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المتزايد « قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التي تحوى النص عن تحويل المطعون ضده (الداعي للمزاد) الحق في قبول أو رفض أي عرض دون إبداء الأسباب ، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته ، فإن يكون قد ارتضاء ، ويكون المطعون ضده (الداعي للمزاد) إعمالاً لهذا الشرط مطلق الحرية في رفض أي عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض ... ، ومن ثم فلا وجه لما يبتدئه المطعون (المتزايد) إلى المطعون ضده (الداعي للمزاد) من تصف قوامه أنه لم يبد سبباً مشروعاً يبرر رفض عطاءه وما يؤسسه على ذلك من أسقيته في التعويض » .



ما جرى عليه العمل من ذبوع تضمن قوائم المزايدات شرطاً يقضي بأن لمن يجرى المزايدة لصالحه قبول أو رفض أى إعطاء ، بلون إيداع الأسباب .

ويلاحظ أنه إذا كان من مقتضى شروط المزايدة وجوب المصادقة على إرسائه من شخص محدد أو من هيئة معينة ، كما هي الحال في بيع وإيجار أموال الدولة ، فإن المزايدة لا يعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق . على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزايدة عند لزومه ، اعتبر العقد منعقداً . من تاريخ رسو المزايدة ، ومعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزايدة عليه (١) .

وإذا تم إرساء المزايدة ، قام العقد في اللحظة التي يتصل فيها هذا الإرساء بعلم من أرسى عليه . وهنا لا يكون أمام هذا الأخير - ولا أمام من أجرى المزايدة لصالحه ، إلى النكوص عن العقد سبيل ، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقض القانون بخلافه . أما قبل أن يتصل إرساء المزايدة بعلم صاحب الإعطاء ، فيكون لمن أجرى المزايدة لصالحه أن يرفض إعطاء المتزايد . أما المتزايد نفسه فلا يسوغ له النكوص . إذ أنه بتقديمه إعطائه هنا ، يعتبر أنه تقدم بإيجاب

---

(١) قارن نقض ٢٩/١٠/١٩٦٨ ملن ٤٤٧/٣٤٤ ق مجموعة التقض س ١٩ ص ١٢٨٧ قاعدة ١٩٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « مفاد نصوص المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من اللائحة شروط بيع أملاك الميرى الخرة ( بيع أموال الدولة الخاصة ) الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ . أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ، ولا يعتبر رسو المزايدة وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادر من الرأى عليه المزايدة . وهذا الحكم من محكمتنا العليا سليم تماماً في خصوص قوله إن القبول في المزايدة الذي يلزم فيه التصديق من هيئة عليا على رسو لا يتم إلا بمحصله . ولكنه جانب الصواب في قوله إن رسو المزايدة لا يعتبر في مثل هذه الحالة إلا إيجاباً . فرسو المزايدة هنا أيضاً يعتبر قبولاً . كل ما في الأمر أن القبول يعتبر مطلقاً على شرط واقف هو حصول التصديق من مملكه ، ومن ثم لا يعتبر تاماً إلا بمحصله ، إن قدر له أن يكون . وهذا الذي ذهبنا إليه هو الذي يتفق مع مقتضى المادة ١٨ من اللائحة المشار إليها نفسها ، حيث إنها جاءت تقول : « كل بيع يلزم أن يتصدق عليه من نظارة ( وزارة المالية .... ) . وليس للاختلاف في التأويل هنا أهمية عملية بالنسبة إلى انعقاد العقد ذاته ، فهو لا يقوم في اثنتين كليهما إلا بمحصل التصديق . ولكن تلك الأهمية تظهر في تحديد تاريخ انعقاد العقد . فهنا التاريخ يرجع ، وفق قضاء المحكمة ، إلى وقت حصول التصديق ، في حين أنه يرتد ، في الرأى الذي ذهبنا إليه ، إلى وقت رسو المزايدة » .



مقترن بميعاد محدد للقبول ، هو ذلك الذى يتطلبه إرساء المزايد والإخطار به .  
والإيجاب المقترن بميعاد للقبول هو إيجاب ملزم كما قلنا مراراً .

ويلاحظ فى النهاية ، أن التعاقد يتم فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة ،  
كما يحصل غالباً فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المباني  
وغيرها من المنشآت الحكومية . والمناقصة ما هى إلا مزايدة فى تخفيض  
المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به . ولذلك يسرى عليها  
ما يسرى على المزايدة ، بمعناها الضيق ، من أحكام<sup>(١)</sup> .

### ٩٣ - المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات :

الأصل فى المزايدة أن تحصل علناً ، فيعرف كل من يشارك فيها بالعطاء  
الذى يتقدم به غيره . وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال . فكثيراً  
ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من يشارك فيها بعطاءات غيره .  
وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات ، التى يغلب أن تلجأ إليها  
الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى .

والمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة . ومن ثم  
تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى بينها فيما سبق . ويستثنى من  
هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتريد أو المتناقص  
بعطاء غيره . ومؤدى ذلك اعتبار المتريد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات  
الآخرين ، وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظروف ، أراد  
أن يبقى عطائه هذا قائماً إلى أن تنفض المظروفات ويتقرر إرساء المزايد  
أو المناقصات ، ومن غير أن يتأثر عطائه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم  
به من عطاءات أخرى . وهكذا يكون للداعى للمزايد أو للمناقصات أن يتخير

---

(١) انظر حكم استئناف الكويت ١٠ يناير ١٩٧٠ ، مجلة القضاء والقانون س ٣٤١ ص ١ .  
وقد جاء فى هذا الحكم أن : « المناقص يلتزم بعطاءه وقت تصديده ( الصحيح وقت انصافه بطل  
صاحب المشروع ) ، ويعتبر تقلمه به إيجاباً ملزماً له . إلا أنه من ناحية أخرى لا يعتبر معامداً  
ولا يترب له أى حق قبل الدولة ( صاحبة المشروع ) ، إلا من تاريخ التصديق على العقد » .



من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح ، دون أن يتقيد بقيمة أى منها ، وذلك كله مالم يتفق على غيره ، أو يقض القانون بخلافه .

#### ٩٤ - التعاقد بالمزايدة في الفقه الإسلامى :

التعاقد عن طريق المزايدة ، في الفقه الإسلامى ، جائز قانوناً ، ولا غبار عليه ديناً ، وعلى الأخص بالنسبة إلى البيع ، حيث يسمى « بيع المزايدة » أو « بيع من يزيد <sup>(١)</sup> » ، وذلك مالم تكن المزايدة صورية قد قصد بها التواطؤ على رفع الثمن <sup>(٢)</sup> .

ويتفق حكم بيع المزايدة في الفقه الإسلامى مع حكمه في القانون المدنى المصرى فى أن فتح المزايدة يعتبر دعوة إلى التعاقد ، وإن تقدم المتريد بعطائه هو الذى يعتبر إيجاباً : وأن التعاقد لا يتم إلا بإرساء المزايدة من صاحبها ، الذى تكون له الحرية فى إجراءاته وبالتالى إتمام العقد ، أو الامتناع عنه ، حيث

(١) ويجب علم الخلط ، فى الفقه الإسلامى بين بيع المزايدة ، وبين ما يسمى « بيع المستام » . فالأول يقوم على عرض السلعة للبيع عن طريق المزايدة فى ثمنها ، بحيث إن البائع لا يقبل البيع إلا لمن يتقدم بالعطاء الأكبر . وهذا النوع من البيع جائز فى الفقه الإسلامى قانوناً وديناً . بل إن بعض الفقهاء نظروا إليه نظرة استحسان ، اعتباراً بأنه « بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه ( التزلى ص ٤٦ ) » . أما بيع المستام ، فيقصد به فقهاء المسلمين الحالة التى يبيع الشخص بالفعل سلعة لآخر ، ثم يتقدم ، بعد حصول البيع ، رجل يعرض على البائع أن يشتريه هو ، دون المشتري الأول ، السلعة بإغرائه بثمن أكبر ، أو يتقدم فى الصورة العكسية ، رجل يعرض على المشتري أن يبيعه هو ، دون البائع الأول ، نفس السلعة بثمن أقل ، أو بنفس الثمن سلعة أحسن . وبيع المستام يقع صحيحاً قانوناً . ولكنه مكروه ديناً ، إعمالاً لقوله ، صلوات الله عليه : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » وقوله أيضاً : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » .

(٢) وهذا ما يطلق عليه ، فى الفقه الإسلامى ، التجش ( يفتح النون والجيم ) . والتجش مكروه ، إذا قصد به تفصيل المشتري ودفعه إلى الشراء بأكثر من ثمن المثل . ولكنه غير مكروه إذا قصد به رفع ثمن السلعة إلى ثمن المثل . أما عن أثر التجش فى بيع المزايدة ، فقد انحطفت بسببه المذاهب لإسلامية . فأهل الظاهر يقولون إن التجش يحل المزايدة فاسدة . أما المالكية فتجش التجش حكم اليب ، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة على صاحبها ، وإن شاء أمسكها . أما الحنفية والشافعية ، فلا يحملون التجش أثراً قانونياً على البيع ، الذى يظل صحيحاً برغم التجش ، الذى يبنى إنما دينياً على التجش والتجش .



يعتبر إيجاب المتزايد مفروضاً بفض مجلس المزايدة . أو مايسمونه « مجلس المتادة » . كما يتفق الفقه الإسلامى مع قانوننا المدنى المصرى بالنسبة إلى وقوع العطاء ملزماً لصاحبه ، بحيث يتمتع عليه الرجوع عنه فترة من الزمن ، خلافاً للأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يمنع الموجب ، بمقتضى خيار الرجوع أن يعدل عن إيجابه ، طالما أنه لم يلحقه قبول . كل ما هنالك أن فقهاء المسلمين قد اختلفوا فى مدى بقاء العطاء ملزماً لصاحبه . فرأى البعض أن العطاء لا يبقى قائماً إلا لحين التقدم بعطاء أزيد (وهو نفس الحكم الذى يقول به قانوننا المدنى المصرى) . فى حين أن البعض الآخر رأى أن العطاء الأكبر لا يسقط العطاء الأصغر . بل يظان قائمين جنباً إلى جنب ، بحيث يكون لرب المزايدة أن يتخير من بينهما ما يريد<sup>(١)</sup> . على أن الفقه الإسلامى شأنه فى ذلك شأن القانون المعاصر تماماً . يجعل للإرادة المشتركة للعاقدين ، وفق ما تبين من ظروف الحال ومن عادة الجهة ، القول الفصل فى هذا الحال .

#### ٩٥ — التعاقد بالإذعان أو عقد الإذعان :

الأصل فى التعاقد أنه يتسم ، فى إجراءاته ، بحرية النقاش والمساومة . بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة فى أن يجعل الآخر يرتضى أفضل الشروط بالنسبة إليه .

وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة . فلا تكون هناك مساومة أو نقاش فى شروطها . وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً . ويعرضها على جمهور الناس ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث إن قبوله لإياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضاء الخالص . من هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر فى ذلك الخطاب ، ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٢) ويرجع اصطلاح « عقد لإذعان » فى أصل نشأته إلى الأستاذ الكبير السبوري (راجع مؤلفه ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ص ٢٤٥ هامش ١) . وهو يقابل الاصطلاح الفرنسى *contrat d'adhesion* أى عقد الانضمام أو عقد التسليم ، اعتباراً بأن أحد طرق العقد ينضم إلى إرادة الطرف الآخر ، أو يسلم بإرادته . والاصطلاح العربى جاء موقفاً . لأنه يفيد أن قبول أحد الطرفين لا يأتى عن مشيئة كاملة ، وإنما نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر .



وعقود الإذعان<sup>(١)</sup> نتاج لنقط الحياة التي يعيشها عصرنا ، إن لم يكن في أصل وجودها ، ففي هذا الوجود ذاته ، ثم في كثرتها وشيوعها . فهي ، في مجموعها ، ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة . فالأقدمون لم يعرفوها ، ولم تتناولها شرائعهم ، وإن عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار ، وعادوه وحاربوه<sup>(٢)</sup> . وقد بلغت عقود الإذعان من الحدائق أن الاصطلاح الذي تعرف به ، سواء في فرنسا أو في مصر أو في غيرها من بلادنا العربية الأخرى ، لم يشق وجوده إلا في السنين الأولى من القرن الذي نعيش فيه .

وقد نشأت عقود الإذعان ، في الفكر القانوني المعاصر ، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة ، باتت تتحكم في أرزاق الناس ، أو في ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة . وقد توصلت إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة . وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة ، حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالا طائلة . لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة ، يغلب ألا تجد لها منافساً . وإن وجدته هادئته ، لتتوافق معه على توحيد شروطها في تقديم الخدمات . الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينها ، إن لم يزله كلية . ومن هذه الحاجات ، أو الخدمات ، على وجه الخصوص ، تقديم الضروريات المترتبة كالمياه والكهرباء والغاز ، والنقل أرضياً كان أم بحرياً أم جويّاً ، والعمل في المشروعات الكبرى ، والتأمين ، وغيرها كثير .

وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة

---

(١) انظر في عقود الإذعان : عبد المنعم فرج الصلح ، عقود الإذعان في التشريع المصري ،

رسالة مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(٢) ولقد كانت الشريعة الإسلامية ، كدأها في سبق إلى كل ما هو غير ، سبيله إلى

مخاربة الاحتكار ومصاداته والصل على وقاية الناس من شروعه وآثامه . وفي ذلك يقول عليه أفضل

سلوات الله : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . ويقول : لا يحتكر إلا خاطئ .



الجمهور ، أنها دأبت ، في تعاملها مع أفرادها بشأنها ، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم ، بشروط تضعها هي ، ولا تقبل منهم مناقشة فيها ، وليس هؤلاء إلا أن يقبلوها جملة أو يرفضوها جملة ، وبعبارة أخرى ، ليس لهم إلا أن يأخذوا أو يدعوا . وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد . يأتي المساومة ويمنع النقاش ، ويقوم بين طرفين ، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي : والثاني - بالغة ما بلغت قوته في ذاتها - ضعيف أمامه ، لا يملك ، لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته .

وقد أورد قانوننا المدني المصري الأحكام التي أراد أن يخص بها عقد الإذعان في ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة ١٠٠ في شأن القبول الذي ينقذ به العقد . والثاني هو نص المادة ١٤٩ الذي يمنح القاضي سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية الذي قد يتضمنها العقد . والثالث هو نص المادة ١٥١ / ٢ في شأن تفسير العبارات الغامضة في العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان في موضع واحد ، منعاً للتشتت والتناثر <sup>(١)</sup> .

#### ٩٦ - خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية <sup>(٢)</sup> . هي الآتية :

- 
- (١) وهذا ما فعله القانون المدني الكويتي حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التي يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه في موضع واحد ، ونصه بالمواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ منه .
- (٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمادة ١٤٥ من المشروع التمهيدي ، التي أصبحت بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٠ من القانون ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٨ و ٦٩ ) .
- وقد جاءت هذه المذكرة تستعرض خصائص عقود الإذعان قائلة : « وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع شخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المتضفين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو قيام منافسة محبوة الطلاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متعاقلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يفتقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والطرفافات أو مع شركات التأمين » .



١- أن يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلى فرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم ، دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق <sup>(١)</sup> . وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع ، وتدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

٢- أن يكون أحد العاقدین محتكراً السلعة أو الخدمة ، سواء أكان احتكاره هذا قانونياً أو فعلياً ، أو أن تكون ، فى الأقل ، المنافسة بينه وبين غيره ، فى تقديم تلك السلعة أو الخدمة ، محدودة ضيقة النطاق .

٣- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها .

هذه هى الخصائص أو الصفات التى تتميز بها عقود الإذعان <sup>(٢)</sup> . وهى عقود كثيرة الشيوع . وتزداد يوماً بعد يوم ، نتيجة تطور الوضع

(١) انظر فى وجوب أن يتعلق عقد الإذعان بالمصالح الأولية للجمهور : نقض ١٢/٢/١٩٧٤ ، مجموعة النقض من ٢٥ من ٤٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن السلع الضرورية التى تكون مثلاً لعقد الإذعان « هى التى لا غنى للناس عنها ، والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرمهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ذلوا كانت جائرة وشديدة » .

(٢) انظر فى خصائص عقود الإذعان ، نقض ١٢ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض . من ٢٥ من ٤٩٢ قاعدة ٨٠ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شركة النضير لصناعة السيارات أعلنت عن إنتاج سيارة نصر ١٣٠٠ ، وعرضت حل الجمهور أن يقوم من يريد شراءها بالحجز لدى موزعها مع دفع المبلغ من المئتين ، وذكرت فى الإعلان أن إتمام إجراءات التعاقد يتوقف على موافقتها . تقدم أحد أعضاء مجلس الدولة بحجز سيارة لدى أحد الموزعين ، ولكنه لم يحط مع ذلك بالسيارة ، فرفع دعوى الخصم فيها الشركة المنتجة والشركة الموزعة ، وأسس دعواه على أن السيارة تعتبر من لوازم الحياة وأن الشركة المنتجة تحتكر إنتاجها ، وأن عقد بيع السيارة له يعتبر من ثم عقد إذعان ، وأن إعلان الشركة المنتجة عن حجزها يعتبر منها إيجاباً بالبيع ، وأن تقديمها بالحجز مع دفع مقدم المئتين يتصل منه قبولاً يتمتع بالبيع به . أما عما ورد فى الإعلان من أن تمام إجراءات التعاقد يتوقف على موافقة الشركة المنتجة ، فقد قال منه إنه شرط تضمن تلك المحكة إضافة منه إعمالاً للمادة ١٤٩ . وقد تجاوزت هذه المحكة الموضوع مع اللغز فيها ذهب إليه . ولكن محكمة النقض نقضت الحكم على أساس أن العقد هنا لا يعتبر =



الاقتصادى الذى أخذ يؤدي إلى نشأة مؤسسات أو هيئات أو شركات أو حتى أفراد يتحكمون فى الجمهور ، بتسلطهم على السلع والخدمات الحياتية التى لا يستطيع عنها غناء . ومن أمثلة عقود الإذعان عقد النقل الذى تبرمه هيئة السكك الحديدية أو غيرها من شركات النقل المشترك أو شركات الملاحة أو الطيران ، وعقد العمل الذى تبرمه الشركات والمؤسسات الكبرى ، وعقد التأمين ، وعقد الاشتراك فى التليفون ، وعقد الاشتراك لتزود بالكهرباء ، وغيرها كثير .

وتوافر الخصائص السابقة لازم لاعتبار العقد من عقود الإذعان ، فإن لم تتوافر مجتمعة ، ما اعتبر العقد من بينها ، وما أخذ بالتل حكمة (١) .

== عقد إذعان لتخلف الخصائص التى تميز بها . وقد جاء فى هذا الحكم : « لما كان من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المستفيدين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو يكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة التطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، وكانت السلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها والى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرونهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، وكان مجرد انفراد الموجب بإنتاج سلع ما أو الاتجار فيها لا يعد بذاته احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم فى شأنها من عقود الإذعان ، ما لم تكن السلطة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم .. » . وهذا الذى ذهب إليه الحكم سديد تماماً . فالعقود فى خصوصية الدعوى لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان . لأن السبابة لا تعتبر من ضروريات الحياة فى مجتمعتنا . ثم أن الاحتكار غير قائم ، لأن السيارات الأخرى متوافرة فى السوق . وعلى ذلك يعتبر الإعلان الذى وجهته شركة الناصر مجرد دعوة إلى التعاقد ، فى حين يعتبر طلب الحجز هو الإيجاب ، فلا ينمذ العقد إلا بموافقة الشركة المنتجة ، كما هو وارد فى إعلان الحجز . انظر فى خصائص عقد الإذعان أيضاً : نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض من ٥ ص ٧٨٨ قاعدة ١١٩ . وقد خلص الحكم ، بعد أن استظهر خصائص عقود الإذعان ، إلى أن عقد الأشغال العامة لا يعتبر منها .

(١) وقد قضى بأن عقد الأشغال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان (نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ السابقة الإشارة إليه) وهذا القضاء سديد . فضلاً عن الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال العامة ، فإن جهة الإدارة وإن كانت هى التى تقض سيقاً شروط العقد ولا تقبل عادة نقاشاً فيها ، إلا أنها لا تحتكر الأعمال التى يمكن للمقاولين أن يباثروها ، فضلاً عن عدم تشلها أموراً ضرورية لحياتهم . وقضى أيضاً بأن ترخيص مصلحة الممارك لإحدى الشركات بتشغيل معمل لإنتاج ==



## ٩٧ - الطبيعة القانونية لمقد الإذعان :

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوى ورضوخه لمشيئته أن تثار ، في فرنسا وفي غيرها من دول أخرى كثيرة غيرها ، الخلاف عتقاً حاداً حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها . وهو خلاف تركيز حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً ، وبالتالي تسرى في شأنه أحكام العقود بوجه عام ، أم أنه لا يعتبر كذلك . وقد انقسم الفقهاء بصدد هذه المسألة . فهاجم فكرة العقدية فريق منهم ، أكثرهم من فقهاء القانون العام . وبينهم بعض أفلاذهم ، مثل ديجي Duguit وهريو Hauriot . ولكن معهم أيضاً بعض أفذاذ القانون الخاص مثل Salieilles . وناصر فكرة العقدية فريق آخر من الفقهاء ، أغلبهم من فقهاء القانون الخاص ، بل ومن عمالقتهم . من أمثال دموج Demogue وريبر Ripert وأسمين Esmein وكابيتان Capitant ، دون أن يتجردوا بدورهم عن مناصرة بعض كبار فقهاء القانون العام أنفسهم لرأيهم ، من أمثال لوبادير De Laubadere . أما القضاء في فرنسا فلم يتفك قط عن أن يسير في فلك العقدية في عقد الإذعان وكذلك فعل قضاؤنا المصري تحت ظل قانوننا القديم .

وقد أثر القانون المدني الحالي أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان ، فناصر فكرة العقدية في صلبها ، قاضياً ، في المادة ١٠٠ منه بأن « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

وقانوننا المدني ، بإيراده الحكم الذي ضمنه المادة ١٠٠ ، يغلب الرأي السلم ، الذي ناضره القضاء دوماً ، فضلاً عن كثرة من الفقهاء . وقد رأى

---

= المبروبات الكحولية بشروط معينة تشمل التزامات على الشركة وجعلها لا يعتبر من قبيل التصالح بالإذعان ، لأنه ليس عقداً أصلاً ، وإنما قرار إداري ، ومن ثم « فلا يجوز العمل من أحكامه بدعى أنها جائزة وإن قبول الطاعة ( الشركة ) لما تم بطريق الإذعان ، إذ أن الاستثناء الوارد في المادة ١٤٩ من القانون المدني في شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ، ولا يسرى على القرارات الإدارية » .



في ذلك أن الطرف المذعن ، ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه ، ولو أن رضاه يأتي على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته ، إلا أنه مع ذلك رضاء قائم وكاف لقيام العقد . فالظروف التي تحيط بالطرف المذعن والتي تلج عليه في إبرام العقد والرضوخ لإرادة الطرف الآخر والتسليم بشروطه لاتصل ، في حد ذاتها ، إلى مرتبة الإكراه ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى إبطال العقد . ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقيدة في ذاتها ، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة . وهو الأمر الذي عمد المشرع بالفعل إليه في المادتين ١٤٩ و ١٥١ / ١ ، على نحو ما سيجي بعد قليل .

#### ٩٨ - كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد في عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مستمر ، يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس ، بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمراً ، أنه إذا قبله أي شخص ، قام العقد نهائياً ، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسئوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان يقرن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تملأ طبيعة التعاقد ذاتها ، بحيث لو أنها تحلفت ، اعتبر الإيجاب غير قائم أصلاً . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين ، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التي تهدد الحياة . ومثال ذلك أيضاً الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك محلات شاغرة .



و الإيجاب في عقود الإذعان على نحو ما آتينا عليه حالا ، لا يعلو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقتضي بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

و يتم القبول ، في عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس ، فيتعقد العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب . ولا يحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولاً إياه من شأنه أن يقيم العقد ، أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشيئة الطرف الآخر . فهذا لا يمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان في وسعه أن يمتنع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد ، وأن رتب عليه آثاراً معينة ، سنذكرها فيما بعد ، وهي آثار تسخ حماية فعالة للطرف الذي جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشيئة غيره .

#### ٩٩ - حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان :

إذا كان قانوننا المدني ، شأنه في ذلك شأن غيره من قوانين بعض البلاد الأخرى (١) ، قد اعتبر عقد الإذعان عقداً صحيحاً ، واعتد فيه بتسليم الطرف المذعن لمشيئة الطرف الآخر على اعتبار أنه يصلح قبولاً يقينه ، إلا أنه لم يغفل عن أنه يتميز بطبيعة خاصة ، تقوم على التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه ، بحيث إن أحدهما يوجد ، من الناحية الواقعية ، في مركز سيادة بالنسبة إلى الآخر ، سمح له بأن يمل عليه شروطه ، ولم يكن لهذا المتعاقد الآخر إلا أن رضخ وأذعن لمشيئته . وقد أدى به هذا الاعتبار إلى أن ينص عقود الإذعان ببعض أحكام تستهدف حماية الطرف المذعن .

---

(١). انظر المادة ١٢٤ م.ق.سوري ، والمادة ١٠٠ من القانون المدني الليبي ، والمادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات البياني ، والمادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي .



وتتمثل الحماية التي يسيغها القانون على الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، أى الطرف المذعن ، في مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

#### ١٠٠ - أولاً : الحماية من الشروط التصفية :

طالما أن عقد الإذعان هو في حقيقته من إعداد مقدم الخدمة أو السلعة الذي أمل شروطه على الطرف الآخر ، فإنه من الممكن له أن يتضمن شروطاً تصفية جائرة بالنسبة لهذا الأخير . وكثيراً ما يفعل في الواقع . وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط . وقد جاء القانون المدني المصري يقضي الحماية بسخاء في هذا المجال : قاضياً في المادة ١٤٩ منه بأنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يغيّر الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق يقع على خلاف ذلك » .

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي من شأن أعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تصفية أن يلحقه به ، وذلك بتحويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء ، طالباً منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه إجحافها ، أو بإعفائه كلية منها ، وذلك على نحو ما تقتضيه العدالة .

وتعتبر الشروط تصفية ، إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل . وتقدير ما إذا كان الشرط تصفياً أم غير ذلك مناط بالقضاء<sup>(١)</sup> .

---

(١) ويلاحظ أننا لو دأبنا الأصل العام في مثل الحالة المذكورة في المتن ، لترجح القول بأن تقدير ما إذا كان الشرط الذي يتضمنه عقد إذعان معين هو شرط تصفى أم أنه غير ذلك ، هو مسألة واقع ، يستقل بها قاضي الموضوع ، دونما رقابة عليه في ذلك من محكمة التفسير . ولكن الفكر القانوني في فرنسا ، نقها وقضاء ، يميل إلى تحويل الرقابة على قاضي الموضوع بالنسبة إلى تفسير العقود إلى إلحاح صفة تنظيمية عامة ، كالقود النموذجية وعقود الإذعان ، وهي العقود التي يقال عنها وبحق إنها عقود تنشأ وواقع الحال القانون الذي طبق في حالات عديدة وعلى أشخاص -



وثبت حماية الطرف المذعن من الشروط التصفية ، حتى لو كان يعلم بها وقت التعاقد ، وشملها بالتالى رضاه . فهي لا تنفذ عند حد الشروط التي لم يثبت علمه بها ، وإن جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بغير ذلك <sup>(١)</sup> .

— كثيرين . فن أجل توحيد القضاء ، في مثل هذه الحالات ، يتجه الفقه وأحكام النقض الفرنسية إلى تحويل الرقابة في شأن تفسير العقود محكمة للنقض . ونحن من جهتنا لا يسمن إلا أن نؤيد هذا الاتجاه ونباركه . راجع فيما سبق : نقض باريس مدني ٤ مايو ١٩٤٢ ، D. C. ١٩٤٢-١٣١ وتعليق Besson وانظر أيضاً .

Marty, Distinction du fait et droit th. Toulouse 1929 no 158.

وإذا كان الفكر القانوني يميل إلى تحويل محكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في شأن تفسير عقود الإذعان ، فإن تحويلها هذه السلطة أولى بالاتباع في شأن تقدير ما إذا كانت الشروط التي تعلو عليها تصفية أم لا ، لتصل فيها سلطة التمييز أو الإلغاء .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى تقول : « فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ، ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيها . بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة . فالاستعانة إلى التفسير يمتنع بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بينه السياق . فن واجب القاضي أن يتثبت في هذه الحالة ما إذا كان للعقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط . فإذا استوثق من تنبه هذا العقد إليها ، كذا لو كان العقد الآخر قد احتاط فيجعل تلك الشروط عطلوبة باليد في عقد مطبوع . تخم عليه إضفاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات . أما إذا تبين أن للعقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة ، فعليه أن يستبعدا وينزل على أحكام القواعد العامة — في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله ، متى تنبه إليه هذا العقد وارتضاء . فالإذعان لا يخطط بالإكراه . بل أن التوحيد بينهما أمر ينوبه ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية لغير العقد المذعن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة — كما هو الشأن في حالة الاستقلال — أو لتشريعات خاصة . . . »

والعبارة السابقة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة في أن سلطة القاضي المتسلطة في التمييز أو الإلغاء لا تكون إلا بالنسبة إلى الشروط التي لم يعلم بها الطرف المذعن ، دون تلك التي علم بها . ومع ذلك فالرأى عندنا هو ما ذهبنا إليه في المتن . ذلك لأن تلك العبارة قد جاءت إيضاحاً لنص آخر يختلف تماماً عن النص الذي أورده القانون في المادة ١٤٩ . وذلك النص هو : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التصفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلاً للتفسير » . وهو يختلف تماماً عن النص الذي تضمنته المادة ١٤٩ ، التي جاءت بتعليق القاضي



وغنى عن البيان أن تعديل الشروط التصفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضى من تلقاء نفسه ، إنما بناء على طلب الطرف المذعن . ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى أعمال تلك الرخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع . ولكنه لا يجوز له أن يطلب إعمالها لأول مرة أمام محكمة التقضى ، لأن التسك بها يتخالط مع واقع<sup>(١)</sup> .

والحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التصفية التى يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها ، أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية ؛ هذا الحق يتعلق بالنظام العام . إذ أنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى . وإذا كان ذلك ، فإن الحق فى تعديل الشروط التصفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن ، ولو اتفق على غير ذلك ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا ( المادة ١٤٩ فى آخرها ) .

وبالاحظ ، فى النهاية ، أن القانون ، وهو يتيح للقاضى : بناء على طلب الطرف المذعن ، أن يعدل الشروط التصفية بما يرفع عن هذا الأخير إجحافها ، أو يعفيه كلية منها ؛ يلاحظ أن القانون ، وهو يفعل ذلك ، يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضى سلطة تتجاوز إلى حد كبير

---

= سلطة تعديل الشروط التصفية أو الإعفاء منها وفقاً لما تقضى به الدالة ، وذلك بشئ تخصيص ولا تميز بين الشروط التى يثبت علم الطرف المذعن بها ، وتلك التى يثبت فى خصوصها علم عليه . ولا تخصيص بشئ يخص . والواجب عدم الاعتداد أصلاً بعبارة المذكورة الإيضاحية ، لأنها جاءت أيضاً لنص آخر غير النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ .

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١٢/٢١ طعن ١٩٦٩/٣٦ ، مجموعة أحكام التقضى س ٢١ ص ١٣٠٥ قاعدة ٢١٤ . وقد صدر هذا الحكم فى شأن تفسير عقد الإذعان ، قاضياً بعدم جواز التسك لأول مرة أمام محكمة التقضى بأنه لا يسوغ تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن . وهذا الحكم يسرى أيضاً بالنسبة إلى طلب الطرف المذعن تعديل الشروط التصفية أو الإعفاء منها . فى الحالتين كلتيهما يطلب إعمال سلطة القاضى فى الإعفاء من الشروط التصفية أو تعديلها أو فى التفسير على نحو لا يضر بمصلحة الطرف المذعن البحث عما إذا كانت خصائص عقد الإذعان متوافقة من علمه وما إذا كانت شروط العقد جائرة من علمه ، وذلك من أمور الواقع التى لا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة التقضى .



المألوف من سلطته . فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التجسفي بل وإهداره ، إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف العامل . وذلك في حين أن مهمة القاضي ، وفقاً للقواعد العامة ، تقتصر ، في شأن العقود ، على مجرد تفسيرها ، بغية إعمال حكم القانون فيها ، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو إهداراً لشروطها .

#### ١٠١ - ثانياً : تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى :

لا تقتف حماية القانون للطرف المدعى عند تحويله الحق في أن يطلب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد بما يرفع عند إجحافها . أو حتى إعفاءه كلية من تلك الشروط ، حسب مقتضيات العدالة ، وإنما يقرر القانون له مظهر آخر من مظاهر حمايته إياه . ويتمثل هذا المظهر الجديد في وجوب تفسير الشك ، إن وجد ، في مصلحة الطرف المدعى . وفي ذلك جاءت المادة ١٥١ / ٢ تقول : « ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » .

ويلاحظ أن النص السابق جاء متسماً بسوء الصياغة . فهو يقول إن المحظور هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المدعى . وليس ذلك هو المقصود بطبيعة الحال . إذ أن المقصود هو عدم تفسير الشك الذي تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعتمد القاضي إلى تفسيرها للتعرف على مقصود العاقلين .

فلذا اتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض ، ولم تسعف طرق التفسير القاضي في تبديد هذا الغموض ، وبقي ثمة شك فيها أراداه العاقدان من عبارة الشرط ، وجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المدعى . وذلك دائماً وفي كل الأحوال ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة الطرف الآخر ، كما لو كان من شأن الشرط الذي لا يسه الشك أن يشدد من مسؤوليته عما تقضى بها القواعد العامة في القانون .

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ،



لا يجوز للطرف المذعن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضراراً به لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

### ( ٥ ) النيابة في التعاقد

١٠٢ - الأصل في التعاقد أن يتولاه أصحاب الشأن بأشخاصهم ، فيبرمونه بالأصالة عن أنفسهم . ولكن في كثير من الأحيان ، يبرم العقد لصالح شخص معين بوساطة آخر ، يقوم مكانه في عقده : أو ينوب عنه في ذلك . وهذا هو التعاقد بطريق النيابة .

والنيابة في التعاقد نظام بالغ الأهمية في دنيا القانون . وترجع أهميته إلى شيوع الالتجاء إليه : في واقع حياة الناس . بل إنه في كثير من الأحيان : يتمثل أمراً ضرورياً ليس عنه غناء . ويحدث ذلك . على وجه الخصوص . بالنسبة إلى عديمي الأهلية وناقصيها . فالقانون لا يميز هؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم . ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضى إبرامها . وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها . وحق في الأحوال التي لا تتمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً : كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس . حيث يسهل عليهم أمور حياتهم : إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعلمون عليها إبرامها بأنفسهم ، لغيابهم عن مكان عقدها ، أو لعدم إلمامهم بها . أو لكثرة مشاغلهم عنها ، أو لأي سبب آخر .

ولما تنسم به النيابة من عظيم الأهمية : أولاها القانون المدني عنايته . وعمد إلى تنظيمها في إطار نظرية عامة<sup>(٢)</sup> ، تتضمن الأسس التي تقوم عليها . وتؤدي على هديها وظيفتها ، وذلك في المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ منه .

---

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ السابقة الإشارة إليه .

(٢) لم يتناول الفقه الإسلامي نظام النيابة داخل إطار نظرية عامة . ولكنه عنى أشد العناية بذكر تطبيقاتها ، ونقصد ههنا الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها ( نيابة قانونية ) والوكالة ( نيابة إتفاقية ) .



وغنى عن البيان مدى الأهمية التي يقسم بها تنظيم القانون للنيابة في إطار نظرية عامة ، تتضمن أسسها وقواعدها العامة المشتركة . إذ أن صور النيابة تتعدد وتنشعب ، سيما وأن الفكرة التقليدية السائدة التي تنظر إلى الوكالة على اعتبار أنها تمثل النيابة الاتفاقية في كل مظاهرها ، أخذت تترزل في الفكر القانوني المعاصر ، الذي بات يرى أن الوكالة ، بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية . لاتعدو أن تكون بعضاً من كل ، وإن كان بعضها الأغلب ، وأن هناك صوراً أخرى غيرها للنيابة الاتفاقية ، لاسيما في مجال النيابة عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة : كالشركات والجمعيات ، حينما تحدد نظمها الأشخاص الذين تثبت لهم صفة النيابة عنها .

وتتناول النيابة ، بادئين بالتعريف بها وبيان أنواعها وتحديد مجال إعمالها . ونعرض بعد ذلك لتحديد سلطة النائب . ثم نتطرق إلى مقومات النيابة . لنعالج بعد ذلك آثارها وانتهاءها . ولما كان من شأن أعمال فكرة النيابة إمكانية أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، وجب أن نختم دراستنا لنظرية النيابة بالتعرض لهذه الحالة .

### ١٠٣ - التعريف بالنيابة :

النيابة <sup>(١)</sup> représentation نظام قانوني مؤداه أن تحصل إرادة شخص معين ، يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر ، هو الأصيل : في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل ، لا إلى النائب ، وبعبارة أخرى شائعة في الفقه الإسلامي ، النيابة هي قيام شخص مقام آخر في إجراء التصرف . فالذي ينشئ التصرف هنا هو النائب . وهو ينشئه بذات إرادته . ولكن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب ، وإنما تنصرف إلى الأصيل . إذ أن النائب ، ولو أنه هو الذي يبرم التصرف ، ويبرمه بذات إرادته : إلا أنه يبرمه باسم الأصيل ولحسابه . وهكذا يرى الأصيل نفسه ، بالنسبة

(١) راجع في النيابة في التصاقد : جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، رسالة

مقدمة لجامعة الإسكندرية سنة ١٩٥٤ .



إلى آثار التصرف ، كما لو كان هو الذى أبرمه بشخصه ، فى حين أنه فى الواقع لم يبرمه ، وإنما أبرمه عنه نائبه باسمه وحسابه .

#### ١٠٤ - أنواع النيابة :

تنقسم النيابة ، بالنسبة إلى المصدر الذى يقرر وجودها ويرسم حدودها ، إلى نوعين أساسيين ، يشمل أولهما النيابة الاتفاقية ، وينظم ثانيهما النيابة القانونية<sup>(١)</sup> .

فالنيابة الاتفاقية ، هى تلك التى يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها . وحالتها الغالبة هى الوكالة ، وإن لم تكن الوحيدة . فالوكيل نائب اتفاق عن الموكل ، لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة ، فى الحدود التى يرسمها هذا العقد . ويعتبر نائباً اتفاقياً كذلك مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها ، أو بمقتضى قرار تصدره .

أما النيابة القانونية ، فهى تلك التى يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر . وهذه هى حالة الولى والوصى والقيم ومدير التعلية ( السنديك ) والحارس القضائى . ولا يغير من اعتبار النيابة قانونية أن يترك القانون فى بعض الأحوال للقاضى سلطة تعيين النائب ، كما هى الحال بالنسبة إلى الوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى ، وإن كان كثير من الفقهاء يطلقون على النيابة هنا اصطلاح « النيابة القضائية » . إذ أن دور القاضى هنا يقتصر على اختيار شخص النائب . أما تقرير مبدأ النيابة ذاتها ورسم حدودها ، فالقانون هو الذى يتولاها بنفسه .

#### ١٠٥ - مجال إعمال النيابة فى التعاقد :

القاعدة أنه يجوز التعاقد بطريق النيابة فى كل التصرفات القانونية كاليجب والإيجار والهبة والشركة ، إلى غير ذلك من كافة التصرفات الأخرى .

---

(١) وقد جاءت المادة ١٥٦ من المشروع التمهيدى تقول إن النيابة اتفاقية أو قانونية . وقد حذفت هذه المادة لوضوح حكمها ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ ) .



ولا يستثنى من هذه القاعدة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون أن يرم الشخص التصرف بنفسه <sup>(١)</sup> . وهى حالات جد نادرة <sup>(٢)</sup> .

#### ١٠٦ - سلطة النائب :

الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بمصدر نيابته ، وبعبارة أخرى بسند نيابته . فإذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الولاية على أموال معلومى الأهلية وناقصيها ، تحدت سلطة النائب بما يقضى به القانون فى شأنها . وإذا ترك القانون للقاضى تحديد سلطة النائب ، وجاء الحكم بحدها ، فإن هذا الحكم هو الذى يرسم أبعادها . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاها .

وإذا كان الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته بمعنى ، مصدرها ، فقد يحصل فى بعض الأحيان أن يعلن الأصل فى الصحف أو فى نشرات أو إعلانات ، أو فى غير ذلك كله من وسائل الإعلام ، عن سلطة نائبه فى إجراء التصرفات عنه ، بما يتجاوز فى الواقع ما حدده له سند نيابته ، أو يخطر بذلك شخصاً أو أشخاصاً معينين ، فإذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

يجب هنا أن نفرق بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففى النيابة الاتفاقية يعتد بالضرورة بما يجئ فى إعلان الأصل أو إخطاره بما يتجاوز سلطة نائبه ، مع عدم الإخلال بما يتطلبه القانون من شكلية عند لزومها .

---

(١) وقد كانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تتضمن هذا الحكم بقولها : « يجوز التماثل بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وقد حذفت هذا النص فلم يأت فى القانون ، وذلك لوضوح حكمه ( راجع مجموعة ط الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ فى الهامش ) .

(٢) ومن هذه الحالات فى القانون الفرنسى ، إرث الزوج ، حيث إنه لا تجوز النيابة فيه ، قانونية كانت أم اتفاقية . انظر مؤلفنا ، الزواج فى القانون الفرنسى ، نبذة ٣٥ . أما فى الشريعة الإسلامية فالنيابة فى الزواج جائزة ينوبها .



ذلك لأن سلطة النائب هنا تستمد من الأصل نفسه ، فإن عدم هذا الأخير إلى الإعلان أو الإخطار بما يتجاوزها ، فهو يلجأ بذلك إلى التوسعة فيها ، وهو أمر مملوكه .

أما في النيابة القانونية ، وكذلك في النيابة القضائية ( عند من يقول باستقلالها عن النيابة القانونية ) ، فالأمر مختلف . ذلك لأن القانون أو حكم القاضي على حسب الأحوال ، هو الذى يرسم هنا حدود النيابة ، وليس إرادة أى شخص آخر ، حتى ذاك الذى يتولى النائب مباشرة سلطة النيابة عنه . وهكذا فلو أعلن هذا الأخير أو أخطر بما يتجاوز المحدد قانوناً أو قضاءً من سلطات نائبه ، فإن ذاك الإعلان أو الإخطار لا يغير من الأمر شيئاً .

#### ١٠٧ - مقومات التعاقد بالنيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة : سواء أكانت اتفاقية أم قانونية يلزم توافر الأمور الأربعة الآتية :

١ - قيام النيابة .

٢ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف .

٣ - إجراء النائب التصرف باسم الأصل وحسابه .

٤ - التزام النائب في إبرامه التصرف حدود نيابته .

وتتناول كلا من هذه الأمور الأربعة بالتفصيل ، وذلك فيما يلي :

#### ١٠٨ - أولاً : قيام النيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، يلزم أولاً وبالبداهة أن تكون النيابة قائمة عند إجرائه . وهى تقوم ، كما سبق لنا أن بينا ، إذا وجد لها سند ينشأ ، سواء أكان هذا السند هو القانون ( النيابة القانونية ) أم الاتفاق ( النيابة الاتفاقية ) .

وعلى من يتعاقد مع من يدعى النيابة عن غيره أن يتثبت من نيابته ومن



حدودها ، وإلا عرض نفسه لعدم سريان التصرف الذى يجريه فى حق الأصل<sup>(١)</sup> .

ولا يلزم أن يكون سند النيابة فى الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يتم عن طريقها ، إن تطلب له شكلاً ما . وذلك ما لم يقض القانون بخلافه . فالشكلية استثناء من القواعد العامة . ومن ثم فهى لا تكون واجبة إلا حيناً يتطلبها القانون . ولا يوجد فى القانون نص يفرض الرسمية لإنشاء سند النيابة على وجه العموم والشمول ، وإن كان يغلب فى هذا السند بحكم طبيعته ذاتها أن يجئ فى الشكل الرسمى ، كما إذا قامت النيابة نتيجة حكم صادر بتعيين وصى أو قيم أو سندليك أو حارس قضائى .

فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً لانعقاد العقد الذى يراد إبرامه عن طريق النيابة ، كمقد الرهن الرسمى مثلاً ، أو عقد الهبة أو عقد الشركة ، فإنه لا يلزم لقيام النيابة فى إبرام هذا العقد أن يكون سندها فى نفس الشكل . هذا هو الأصل . وإن كان ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه استثناء أساسى هام فى خصوص الوكالة ، حيث تنص المادة ٧٠٠ مدنى بأنه : « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة . ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . أما فى غير الوكالة ، فالأصل أنه من الممكن للنابة أن تقوم ، ويقع التعاقد عن طريقها صحيحاً ، دون ما ضرورة لأن يجئ سندها فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يبرمه النائب عن أصيله . وتظهر أهمية هذا الحكم فى حالات النيابة التى تثبت بمقتضى تصرف قانونى فى غير حالات الوكالة . وعلى الأخص فى حالة

---

(١) انظر : نقض ١٤ إبريل ١٩٧٣ ، ملن ٣٨/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصل فى قواعد الوكالة « إن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته . فإن قصر فضليه تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة ، فلا يتصرف أثر تصرفه إلى الأصل . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عاملاً بأن الوكيل يصل دون نيابة أو غير عالم بذلك » . وإذا كان هذا الحكم قد ورد فى خصوص الوكالة ، إلا أن مقصوده يرسى أيضاً فى كل صور النيابة الأخرى .



النيابة عن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات والجمعيات . فلو أن عقد تأسيس شركة ، مثلاً ، علق قيام مديرها برهن عقاراتها على صدور قرار من مجلس إدارتها ، وصدر هذا القرار بالفعل ، فإن قيام المدير بالرهن يقع صحيحاً ، حتى لو لم يأت ذلك القرار موثقاً بشكل رسمي ، أو حتى لو كان عقد تأسيس الشركة نفسه غير وارد في الشكل الرسمي ، وذلك مادام الرهن ذاته قد أبرم في الشكل الرسمي بطبيعة الحال .

والأصل في النيابة ، بحكم ذات طبيعتها أنها شخصية . فإن ثبت لشخص معين ، ما كان له أن يمنحها لغيره ، وذلك مالم يقض القانون أو الاتفاق بخلافه .

#### ١٠٩ - ثانياً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

قوام النيابة وأساسها هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني . فالذي يبرم التصرف هنا هو النائب ، وليس الأصيل . والنائب ، في إبرامه التصرف ، يعبر عن إرادته هو ، ولا يعبر عن إرادة الأصيل (١) . وإرادة النائب ، هي التي توجه إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عن التصرف . وهي التي ترتبه بالفعل ، وحدها إن كنا بصدد تصرف صادر من جانب واحد ، وعلى إثر اقترانها بإرادة المتعاقد الآخر ، إن كنا بصدد تصرف صادر من جانبين ، أي عقد . كل ما في الأمر أن الإرادة هنا تتميز بأنها تنشئ الأثر القانوني ، لا في حق صاحبها ، كما هي القاعدة العامة ، ولكن في حق شخص آخر ، هو الأصيل .

وإذا قلنا إن أساس النيابة هو أن النائب ، حينما يبرم التصرف عن الأصيل ، إنما يعبر عن إرادته هو ، كان طبيعياً أن نستلزم في النائب ، توافر

---

(١) وهذا واضح تماماً في أغلب تطبيقات النيابة القانونية ، حيث إن الأصيل في بعضها يكون معلوم الإرادة تماماً ، وق بعضها الآخر يكون إدراكه ناقصاً . فيأت القانون ويجعل له نائباً يبرم له التصرف ، وتحل في إبرامه إرادة النائب محل إرادة الأصيل . ولكن الحكم يسرى أيضاً في كافة مظاهر النيابة الأخرى ، حتى الاتفاقية منها .



الإرادة . فمن تتعلم عنده الإرادة ، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، لا يصلح لإجراء التعاقد بالنيابة عن غيره ، كما أنه لا يصلح لإجرائه بالأصالة عن نفسه . وفي الحالتين ، يقع تصرفه باطلا .

وإذا وصلنا إلى أنه يلزم في النائب ، لكن يقع تصرفه عن الأصل صحيحاً ، أن تتوافر فيه الإرادة ، فإن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى عدم ضرورة توافر الأهلية عنده . إذ أن الأهلية لا تستلزم في الشخص ، إلا عند إجرائه تصرفاً من شأنه أن يربط أثراً قانونياً يلحق ذات نفسه . والأثر الذي يترتب على التعاقد الذي يحصل بطريق النيابة ، لا يلحق النائب الذي يجريه ، وإنما ينصرف إلى الأصل ، كما سيأتي بعد قليل . ومن هنا كانت الأهلية غير ذات موضوع في مجالنا . وهكذا يسوغ ، كقاعدة عامة ، لأي من ناقصي الأهلية ، مادامت الإرادة متوفرة عنده ، كالصبي المميز والمجنون عليه للسفه أو للخفلة ، أن يتعاقد بالنيابة عن غيره <sup>(١)</sup> ، ويكون عقده هنا صحيحاً ، حتى لو كان من شأن هذا العقد ، لو أنه أبرمه عن نفسه ، أن يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال .

وإذا كانت القواعد العامة في النيابة لا تحتم في النائب توافر الأهلية ، فإن القانون يستلزم فيمن يتولى النيابة القانونية عن غيره توافر الأهلية بالنسبة إلى شئون نفسه . وهذا هو ما تقتضيه المادة ٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المسال بالنسبة إلى الولي ، حيث جاء فيها : « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . وهو ما تقتضيه أيضاً ، بالنسبة إلى الوصي والقيم ، المادتان ٢٧ و ٢٩ من القانون السابق ، حيث تنصان على وجوب أن يكون كل منهما عدلاً كفؤاً ذا أهلية .

بيد أن ما يقتضيه به القانون من وجوب توافر الأهلية بالنسبة إلى من يتولى النيابة القانونية ، لا يقدح في سلامة الحكم الذي يقضى بعدم ضرورة توافر

---

(١) انظر في هذا الاتجاه : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٨٧ - أحمد حشمت أبو شنتيت ،

نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد نبذة ١٢٦ - جبال ذكى المرجع السابق ، نبذة ٥٦ .



الأهلية في النائب : باعتبار أنه ينهض مبدأ عاماً . ويمكن التمسك مع هذا المبدأ في النيابة الاتفاقية . كالوكالة ، حيث يترك اختيار النائب لإرادة الأصيل . فإن وكل الأصيل شخصاً آخر ، في إجراء تصرف معين ، وأجرأه الوكيل بالفعل ، وقع التصرف صحيحاً . حتى لو كان الوكيل عند إجرائه غير أهل لإبرام تصرف بمثله في حق نفسه ، مادامت الإرادة متوافرة لديه <sup>(١)</sup> .

يخلص مما سبق أن أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إجراء التصرف . بحيث إن النائب يعبر هنا عن إرادته هو ، وبخلاف إن إرادته هذه هي التي تنشئ التصرف ، وهي التي ترتب الأثر القانوني المتولد عنه ، أو تسهم في ترتيبه مع إرادة المتعاقد الآخر ، على حسب الأحوال . وينتج عن ذلك أنه يلزم ، لاعتبار الشخص نائباً عن غيره في إجراء التعاقد : أن يكون له بعض من حرية التقدير في شأنه . إن لم يكن له كله ، حتى يتاح لإرادته أن تظهر وتعمل . فإن انعدمت حرية التقدير لدى الشخص ، بحيث كان مجرد أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر ما اعتبر نائباً . بل مجرد رسول ، والفارق جد كبير بين الاثنين ، كما سيجي بعد قليل .

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تنشئ التصرف الذي يتم عن طريق النيابة : وجب أن نعتد بهذه الإرادة ذاتها ، دون إرادة الأصيل ، لتحديد ما إذا كان الرضاء بهذا التصرف قد قام صحيحاً ، أم أنه قد لحقه الفساد ، بسبب أن عيباً قد شاب . وكذلك الشأن بالنسبة إلى تحديد حسن النية أو سوءها ، حيث يجب النظر فيما إلى شخص النائب ، لا إلى شخص الأصيل . وفي ذلك تفضي المادة ١٠٤ في فقرتها الأولى بأنه : ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة . كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة : أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتماً » .

---

(١) انظر : استئناف وطني ٨ يونيو ١٩١٥ ، المجلوعة الرسمية س ١٦ ص ١٤٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يجوز للسفيرة المهيبة عليه أن يكون وكيلها عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه وإنما باسم موكله .



فعند النظر فيما إذا كان الرضاء الذى قام على أساسه التعاقد الحاصل بطريق النيابة قد وقع صحيحاً أم أن عيباً قد شابته : يجب أن نعتد أساساً بإرادة النائب ، دون إرادة الأصيل .

فإن كانت إرادة النائب قد تعينت ، نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وقع الرضاء فاسداً ، وكان العقد بالتالى قابلاً للإبطال ، حتى لو كان الأصيل نفسه لم يقع ضحية للعيب . فإذا اشترى الوصى ، مثلاً : ساعة لحساب قاصره . معتقداً أنها من الذهب الخالص : فى حين أنها فى الحقيقة من الفضة المطلاة بالذهب ، تعينت إرادته بالغلط ، وكان العقد قابلاً للإبطال على أساسه ، على فرض توافر شروط إعماله ، حتى لو كان القاصر ، وهو الأصيل فى التعاقد والذى تنصرف إليه آثاره ، لم يقع فى الغلط ، بأن كان على بينة من حقيقة الساعة . ويسرى نفس الحكم ، لو أن الوصى كان ضحية للتدليس ، أو للإكراه أو للاستغلال : دون القاصر .

أما إذا كان الأصيل هو الذى وقع ضحية لعيب من عيوب الرضاء . حالة كون النائب الذى أجرى عنه التصرف ، لم يقع فى هذا العيب ، فإن الرضاء يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى يقوم صحيحاً ، كأصل عام . فلو أن الوصى ، فى المثال السابق مرده ، كان عالماً بحقيقة الساعة التى اشتراها لحساب قاصره : ولكن هذا القاصر هو الذى وقع فى غلط ، بأن كان يعتقد أن الساعة من الذهب الخالص ، فإن الرضاء بالبيع يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى صحيحاً ، ولا يعتد بما وقع فيه القاصر من غلط .

وما قلناه بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوءها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون ، لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملزمة أو على جهل بها ، فلنأخذ ، كمقاعدة عامة ، ننقصى هذا العلم أو ذاك الجهل فى شخص النائب ، لافى شخص الأصيل . فيلزم : مثلاً ، لصحة البيع ، أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، وإلا كان للمشتري طلب إبطال البيع ( المادة ٤١٩ )



مدنى (١). فإذا اشترى الولي شيئاً نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع في الأول دون الثاني (٢).

يخلص مما سبق أنه ، اعتباراً بأن لإرادة النائب تحمل محل لإرادة الأصل في إبرام التصرف ، وأنها هي التي تبرمه دون إرادة الأصل ، فإنه يتوجب تقصى عيوب الرضاء في شخص النائب ، دون الأصل . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقاً ، إذ أنه يتقيد بعض الشيء في النيابة الاتفاقية ، وذلك في الحالة التي يتصرف فيها النائب الاتفاقى وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصل . ففي هذه الحالة ، يتمتع على الأصل ، في حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أموراً كان يعلمها هو ، أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصل من عيوب . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٤ / ٢ بأنه : ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها (٣) .

(١) والحكم الذى أورده المادة ٤١٩ مدنى والذى يتطلب لصحة عقد البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً يتوافق مع ما يقول به الفقه الإسلامى ، الذى هو من بد تقنين لقول الرسول عليه أفضل صلوات الله : « من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه » . (٢) والمجلة تقول بحكم مائل حيث تعتبر رؤية الوكيل بمثابة رؤية الأصل مسقطه لخيار الرؤية ( المادة ٣٣٣ ) ، بخلاف رؤية الرسول ( المادة ٣٣٤ ) .

(٣) وحكم المادة ١٠٤ يفقرتها الأولى والثانية مستوحى من نص المادة ١٦٦ من القانون الألمانى . ثم وجد النص المصرى مكانه الرحب في الملونات العربية الأخرى التى نقلت عنه ، كالقانون السورى ( المادة ١٠٥ ) ، والقانون اللبنى ( المادة ١٠٤ ) ، والقانون الأردنى ( المادة ١١١ ) . وجاء القانون اللبنى الكوئى بحكم مائل ، وذلك في المادة ٥٦ منه ، وإن أدخل على صياغة الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مصرى تعليلاً هاماً ، وذلك من ناحيتين . فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، بدلا من القول بأن حكمها يخص الوكيل . لأن النيابة الاتفاقية في الحقيقة أعم من الوكالة ، وقد ما يلعب إليه الفكر القانونى المعاصر ، الذى أخذ يفرز عن الفكرة التقليدية التى ترى في النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . وفي هذا الخصوص ، اتجه القانون الكوئى إلى المصدر الأصل للنص المصرى ، المتمثل في الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون الألمانى ، حيث عصت حكمها من تمهد إليه النيابة بمقتضى تصرف قانونى . والتعديل الثانى الذى أورده المشرع الكوئى أنه ذكر وجوب الاحتاد بشخص الأصل بالنسبة =



فإذا وكل شخص آخر ، مثلاً ، في شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذي اشتراه له ، إذا كان هو يعلم به . وإذا كان الموكل قد فوض وكيله في شراء البيت الذي عينه له في حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل في حدود هذا الثمن ، فإنه يتمتع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب في غلط في أمر من أمور المنزل ، إذا كان هو نفسه لم يقع في هذا الغلط . أما إذا كان الموكل في الحالة التي نحن بصدددها ، هو الذي وقع في الغلط ، أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساسه .

وليس في الحكم الذي ذكرناه حالا خروج ، في الحقيقة ، على الأصل العام القاضي بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصل في تقصى عيوب الرضاء وفي العلم أو الجهل بالأمور الخاصة . إذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره ، لا يعتبر نائباً عنه ، إلا في حدود ما يجيء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصل ، غلبت عليه ، في حدود تنفيذ تلك التعليمات ، صفة الرسول ، لا النائب .

ويلاحظ أن مؤدى حرفية نص المادة ١٠٤ / ٢ أن يقتصر حكمه على علم الأصل بطررف يجعلها وكيله . ومع ذلك ينبغي ، لاتحاد العلة ، تعميم هذا الحكم على حالة وقوع الأصل ضحية لعيب من عيوب الرضاء <sup>(١)</sup> . إذ أن الوكيل ، في حدود تنفيذ تعليمات موكله ، هو أقرب إلى أن يكون رسولا منه إلى أن يكون نائباً على نحو ما بيناه حالا .

#### ١١٠ - ثالثاً : إجراء التصرف باسم الأصل ولحسابه :

زأينا ، فيما سبق ، أساسين من أسس التعاقد بطريق النيابة ، يتمثل أولهما

= إلى عيوب الرضاء ، عندما لا يقبل النائب إلا تنفيذ تعليماته ، ولم يقتصر في ذلك على علم الأصل ببعض الظروف أو افتراض علمه بها . وفي ذلك تحديد تفرقه الملازمة ويتقضى به عيب اتست به صياغة النص الألماني ، ومن بعده النص المصري وما تبعه من نصوص عربية أخرى ( راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الكوفى فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٦٥ منه ) .

(١) « انظر في هذا الاتجاه : حطمت أبو ستيت . - المرجع السابق نيلة ١٢٧ » .



في قيام النيابة في ذاتها . ويتمثل الثاني في حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف . والأساس الثالث لذلك النوع من التعاقد هو إجراء النائب التصرف باسم الأصل ولحسابه .

فن أسس النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصل ولحسابه ، أى بصفته نائباً عنه . ولا يكفي أن يضمّر النائب هذا الأمر : بل يجب أن يعلنه للشخص الذي يتعاقد معه وقت التعاقد ، أو في الأقل أن يكون هذا الأخير عالماً به حينئذ من أى طريق آخر : أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإذا لم يعلن النائب لمن يتعاقد معه ، عند التعاقد ، أنه يتعاقد معه بصفته نائباً ، ولم يعلم هذا الطرف الثاني بذلك من طريق آخر . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به ، فإنه لا يجبر على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل : ما لم تنتف مصلحته بالكلية في تجاهله . بأن كان يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل ، أو بينه وبين النائب بصفته الشخصية . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٦ بأنه : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة : أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » .

فإذا لم يعلن النائب ، عند التعاقد ، لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بوصفه نائباً عن أصله ، ولم يعلم المتعاقد معه حينئذ بصفته هذه من طريق آخر ، ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بذلك وفقاً لظروف الحال ، فإن هذا الأخير ، كأصل عام ، لا يجبر على الاعتداد بوصف النيابة ، ولا يجبر بالتالي على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل . وعلة هذا الحكم واضحة تماماً . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه في العقد قد أبرمه معه بوصفه نائباً عن أصل معين : ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بهذا الأمر ، فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصل ، وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية . ومن هنا كان حقه في تجاهل الأصل ، وعدم اعتبار العقد قائماً معه ، إذا أراد ذلك بطبيعة الحال .



مخلص من كل ماسبق أنه يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل وحسابه .

وإذا كانت القاعدة هي أنه يتوجب على النائب أن يعلن لمن يتعاقد معه ، عند إبرام العقد ، أنه يبرمه باسم الأصيل وبوصفه نائباً عنه ، إلا أنه يرد على هذا الأصل الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا كان الشخص الذي تعاقد معه النائب عالمًا ، عند التعاقد ، بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بهذه الصفة ، أو في الأقل كان من المفروض حتمًا أن يعلم بذلك . ومثال هذه الحالة أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخلمي . فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . إذا أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو في الأقل كان من المفروض عليه حتمًا أن يعلم بها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة ، أو حتى كون الظروف تملى عليه حتمًا أن يعلم بها ، يقعان بمثابة لإخطاره بها من النائب .

٢ - إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يعتبر التعاقد حاصلًا معه هو ، أو مع الأصيل . ومثال هذه الحالة أن يزعم شخص شراء منزل أو أرض بصفته وليًا عن ابنه القاصر ، ويبرم الشراء بالفعل ، دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، في هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملاً ، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلًا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه ، كان له ماأراد . وحتى له إلزام البائع على أن يجاريه فيه . إذ أنه لا مصلحة هنا للبائع في عدم التجاوب مع الأب فيما أراده . ولادعوى بلا مصلحة .

١١١ - وإذا لزم ، لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يكون النائب قد أعلن لمن أجرى التعاقد معه بأنه يعمل باسم الأصيل وحسابه ، أو كان هذا الأخير عالمًا بالنيابة من طريق آخر ، أو كان مفروضاً فيه حتمًا أن يكون عالمًا بها ، إذا لزم ذلك ، خرجت عن نطاق النيابة الحالة التي



يريد فيها شخص إبرام صفقة معينة لنفسه ، دون أن يظهر بشخصه كطرف فيها فيتفق مع آخر على أن يرمها باسمه ( باسم هذا الآخر ) ، على أن تنصرف آثارها إليه هو بطريقة أو بأخرى . وهذه حالة التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار <sup>(١)</sup> prête-nom . ومثال هذه الحالة أن يريد زيد شراء أرض من غير أن يظهر كمشتر لها ، فيلجأ إلى بكر ، ويتفق معه على شراء هذه الأرض باسمه ( باسم بكر ) ، على أن تنصرف آثار الشراء إليه هو ( إلى زيد ) ؛ فهنا لا يعتبر التعاقد ، بالنسبة إلى البائع ، حاصلًا بطريق النيابة ، ويسوغ له أن يتجاهل زيداً ، ويصر على اعتبار بكر هو المتعاقد معه بصفته الشخصية دونه ، مالم يستو لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين بكر أو بينه وبين زيد .

ولا يعتبر كذلك تعاقدًا بطريق النيابة ذلك الذي يجريه الوكيل بالعمولة <sup>(٢)</sup> ، وذلك في علاقته مع من يجري التعاقد معه ، برغم أنه يجريه لحساب الموكل ،

(١) و (٢) على أنه يلاحظ في التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار من ناحية ، وفي الوكالة بالعمولة من ناحية أخرى ، أن الخروج من نطاق النيابة لا يكون إلا بالنسبة إلى من يتعاقد مع من يبرم اسمه أو مع الوكيل بالعمولة . أما في العلاقة بين من يبرم اسمه ومن يستعيره ، أو في العلاقة بين الوكيل بالعمولة وموكله ، فالنيابة تعتبر قائمة ويمثل بها في حقهما ، الأمر الذي يضمن مع كل من يبرم اسمه أو على الوكيل بالعمولة أن ينقل آثار التصرف الذي يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استعار اسمه أو إلى من وكله . وهكذا توجد النيابة هنا بين النائب والأصيل وحدهما ، دون الغير الذي يتعاقد النائب معه . ولما كانت هذه النيابة القاصرة المحودة لا تكون إلا في حالة النيابة الاتفاقية المتمثلة أساساً في الوكالة ، ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفها ، فقد جرى الفقه والقضاء على تسميتها بالوكالة المستترة . انظر في خصوص التعاقد بالإسم المستعار : نقض ١٩ أكتوبر ١٩٧٦ ، طعن ٤٠/٤٥٨ بمجموعة النقض س ٢٧ ص ١٤٩٧ قاعدة ٢٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم « أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة لإصداره ، لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصلاً ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أمار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد . وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة المسافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر » . ويلاحظ أن الشطر الأخير من عبارة الحكم غير صحيح . فالمتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يلزم بأن ينصرف أثر العقد بينه وبين من يستعيره إلا إذا أراد هو ذلك ، إذ أن الفرض أنه مجهول الوكالة . وانظر أيضاً نقض ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤ ، طعن ٣٠/١٧ بمجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٠٧٣ قاعدة ١٥٨ . =



في نظير عولة يقتضيها منه . لأن الوكيل بالعمولة يجري التصرف مع العملاء باسمه هو شخصياً ، وليس باسم الموكل .

#### ١١٧ - أثر علم إعلان النائب صفته :

رأينا أن يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النياية ، أن يعلن النائب لمن يتعاقد معه ، عند التعاقد : أنه يرم العقد باسم الأصل وحسابه . بوصفه نائباً عنه ، أو أن يكون المتعاقد معه عالماً بذلك أو مفروضاً فيه أن يعلم به حتماً أو أن يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب بشخصه أو بينه وبين الأصل ، اعتباراً بأنه لا دعوى بلا مصلحة . وإذا حصل شيء من ذلك توجب على من تعاقد معه النائب الاعتداد بالأصيل ، واعتبار أن التعاقد قد تم بينه وبينه ، وتصرف إليهما وحدهما بالتالي آثار العقد : دون النائب الذي تعتبر مهمته قد انتهت بإبرام العقد لحساب الأصيل .

ولكن ما الحكم إذا لم يعلن النائب ، عند التعاقد صفته ، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر ، ولم تكن ظروف الحال تفرض عليها أن يعلم بها حتماً ، وكانت لمن تعاقد معه النائب ، بعد ذلك كله ، مصلحة ظاهرة في عدم اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ؟

القاعدة في ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبراً على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ، ولم يرتضه ، اعتبر التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصياً ، فدون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل .

ففي الحالة التي نحن بصدددها يكون لمن تعاقد مع النائب الخيار بين أمرين : فإما أن يرتضى أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ، وإما أن

---

= وقد جاء في هذا الحكم أن من يبر اسمه ليس إلا وكيلًا لمن أعاره ، ولكن الوكالة مستترة . ومقتضى ذلك أن الصفقة تم لمصلحة الموكل وحسابه ، فيكسب كل ما ينشأ من التعاقد من حقوق ، ولا يتكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً . وانظر كذلك : تقضى ١١ يناير ١٩٧٣ ، ملن ٧٧٢/٢٨٠ بمجموعة أحكام التقضى من ٢٤ من ٧٢ قاعدة ١٤ .



يصر على أن يتجاهل الأصيل ، وأن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب باعتبار شخصه ، وليس باعتباره نائباً .

فإذا اختار المتعاقد مع النائب الأمر الأول ، فوُدى ذلك أنه يتجاوب مع إدعاء النائب بأنه تعاقد معه بوصفه نائباً عن الأصيل ، ومن ثم يقوم التعاقد بينه وبين الأصيل . وليس في هذا الأمر ما يستدعي الإيضاح ، اللهم إلا بيان أن اعتبار التعاقد هنا حاصلًا مع الأصيل ، إنما يجيء برضاء الطرف الثاني واختياره ، دون ما جبر عليه في ذلك ، بخلاف الحالة التي يعلن فيها النائب صفته عند التعاقد ، أو يكون الطرف الثاني عالماً بها حينئذ . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بها ، أو حتى كان يستوى لديه أن يكون المتعاقد معه هو النائب بشخصه أو هو الأصيل ، حيث يكون الطرف الثاني هنا مجبراً على أن يكون تعاقد مع الأصيل ، وليس بخبراً فيه ، على نحو ما سبق لنا بيانه ، وأبرزته المادة ١٠٦ مدني .

أما إذا لم يرض المتعاقد مع النائب أن يكون تعاقد مع الأصيل ، جاز له ذلك ، وحتى له أن يتمسك بقيام التعاقد بينه وبين النائب شخصياً . أى باعتبار ذاته ، وليس بوصفه نائباً عن أصيله . وهذا هو خياره الثاني .

والحق إنه يمكن لهذه المسألة أن تترك مجالاً لبعض من الشك . ذلك لأنه قد يقال إنه إذا كان المتعاقد مع النائب قد قصد ، في حالتنا ، التعاقد مع النائب باعتبار ذاته ، فإن النائب نفسه لم يقصد أن يتعاقد على هذا الاعتبار . ومن شأن هذه المقولة ، لو أعملناها بذاتها ، أن تؤدي إلى بطلان العقد بالكلية ، اعتباراً بأن الإرادتين لم تتلاقيا .

وهذا النظر على وجهته يقابله نظر آخر ربما كان أولى بالاتباع . إذ أن المتعاقد مع النائب من جهته - والقرض أنه لم يخطر بالنيابة ولم يعلم بها - قد قصد التعاقد مع النائب ، لا بصفته وإنما بذات نفسه . أما النائب ، فحتى لو قصد في قريرة نفسه أن يكون التعاقد حاصلًا باسم الأصيل ولحسابه ، واستطاع إثبات ذلك على شديد عسره ، إلا أنه طالما لم يعلن عن قصد ذلك ، فلا يعتد



به . لأن العبرة في مقصود التعاقد بما يظهر للعالم الخارجي عن طريق التعبير عنه ، وهو ما أرادت المادة ٨٩ أن تستظهره بقولها إن المقدم يتم بتبادل الطرفين « التعبير عن إرادتين متطابقتين » . فالقانون لا يدخل في اعتباره مجرد النية ، إذ ظلت حبيسة النفس ، تمنع بأن تحالج القواد والضمير ، وإنما يتحتم لذلك أن يعبر صاحبها عنها . ثم إن النائب ، يعلم إعلانه عن إيرامه التصرف لحساب أصيله ، يرتكب خطأ من شأنه أن يحمله بتعويض الطرف الآخر إعمالاً للمسئولية التصيرية . وخبر تعويض هنا هو التعويض العيني المتمثل في الاعتداد بالصفة على نحو ما اعتدده هذا الطرف الآخر ، أى على اعتبار أنها حاصلة مع النائب بصفته الشخصية .

#### ١١٣ - رابعاً : التزام النائب بحلول نيابته :

تناولنا ، فيما سبق : المقومات أو الشروط الثلاثة الأولى للتعاقد بطريق النيابة ، وهى ثبوت صفة النيابة فيمن يجرى التعاقد ، وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إيرام التصرف ، وإجراء النائب التصرف باسم الأصل وحسابه . والشرط الرابع والأخير هو التزام النائب بحلول نيابته . دون تجاوزها .

فيلزم : لاعتبار التعاقد حاصلاً بطريق النيابة ، ومن ثم لانصراف أثره إلى الأصل ، أن يكون النائب قد أجراه في حدود سلطة النيابة الممنوحة له . فإن خرج النائب عن حدود نيابته ، كما إذا باع الولي ( الأب ) عقار أولاده القصر الذين آلت ملكيته إليهم بطريق الشراء من مال ولدتهم دون أن يحصل على إذن المحكمة ، مخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المسال التي تستلزم هذا الإذن<sup>(١)</sup> ، وكما إذا قايست الوصية على أموال قاصرها بغير الحصول

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ ، طعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨



على إذن المحكمة بمخالفة المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال<sup>(١)</sup> ، وكما إذا وكل شخص رجلاً في تأجير ماله ، فجاء الوكيل وباع هذا المثل<sup>(٢)</sup> ، فإن تصرف النائب لا يعتبر هنا حاصلاً بالنيابة عن الأصيل ، وهو بالتالي لا ينفذ في حق هذا الأخير مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون<sup>(٣)</sup> ، شأن النائب الذي يتجاوز حدود نيابته هذا شأن من لم تثبت له النيابة أصلاً ، فكلاهما يعتبر في حكم الأجنبي عن صاحب الشأن ، ولا يسرى من ثم تصرفه عليه ، مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . وهذا الحكم ، فضلاً عن أن القواعد القانونية العامة لنظرية المقد تقضى به ، فإنه يمكن استخلاصه بمفهوم المخالفة عن حكم المادة ١٠٥ .

١١٤ - ومن البدهة أنه يلزم ، لكي يعتبر النائب أنه قد تصرف في حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن زالت النيابة عن شخص ، بأن كان وكيلاً ، مثلاً ، وتم عزله أو مات موكله ، أو كان وصياً ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه بلوغ قاصره من الرشد أو مجوته ، إن زالت النيابة بأي سبب ، فإن كل تصرف يجريه

(١) انظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣ قاعة ١٢ .

(٢) انظر نقض ١٤/٤/١٩٧٢ ، طعن ٣٨/٢٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعة ١٠٧ .

(٣) يلاحظ أن محكمة النقض جاءت ، في حكم صار منها في ٢١ يناير ١٩٦٥ (طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٣ قاعة ١٢) ، تقول إن تصرف النائب الذي يتجاوز به حدود نيابته يقع باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل (نقض الاتجاه : تميز الكويت ١٩٧٦/٢/٢ طعن ١٩٧٤/٤٨ تجاري) . والتكليف الصحيح هو أن المقد هنا يقع غير نافذ في حق الأصيل . لأن البطلان النسبي ، وبعبارة أدق القابلية للإبطال لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد . والنائب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير . وقد عدلت محكمة العليا إلى التكليف الصحيح في أحكامها التالية ، حيث قضت بأن المقد في حالتنا يقع غير نافذ في حق الأصيل ( انظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ الصادر في الطعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٣١٠ - نقض ١٤ أبريل ٢٠١٩٧٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ . وقد سبقت الإشارة إلى طعن الحكيم ) .



النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجاً عن حدود نيابته ، ولا يسرى بالتالي في حق الأصل ، إلا إذا أقره . هذا هو الأصل العام .

بيد أن هذا الأصل ليس مطلقاً . فقد أوردت عليه المادة ١٠٧ استثناءً هاماً ، حيث جاءت تقضى بأنه : « إذا كان النائب ومن تعاقده معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه » .

فإذا انتهت النيابة ، ثم أجرى النائب التصرف باسم الأصل ، حالة كونه هو ومن تعاقده معه مجهلان معاً انتهاء نيابته ، كما إذا كان الموكل أو القاصر قد مات دون علم من هذا ومن ذاك على السواء ، فإن التعاقد يعتبر أنه قد تم من النائب بوصفه هذا ، وبالتالي تنصرف آثاره إلى الأصل ، إن كان حياً ، وإلى خلفائه من بعده إن كان قد مات . ويلاحظ أنه يلزم للعمل بحكم النيابة هنا أن يكون كل من النائب ومن تعاقده معه جاهلاً كليهما انتهاءها <sup>(١)</sup> ، فلا يكفي أن يجمله أحدهما دون الآخر <sup>(٢)</sup> . كما أنه يلاحظ أن محكمة النقض قد توسعت وبحق في إعمال حكم المادة ١٠٧ ، فجعلته يسرى على إجراءات التداعي أمام المحاكم ، مقررمة صحة هذه الإجراءات حتى ما جاء منها في مواجهة النائب بعد زوال نيابته ، مادامت المحكمة لم تنبيه إلى زوالها <sup>(٣)</sup> .

- 
- (١) ولعل التوفيق قد جانب مشرعنا في صياغة المادة ١٠٧ . فقد كان من الأوفق ، على الأقل بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية ، أن يكفي القول ببقاء النيابة قائمة ، مجهول النائب المتعاقده مع انتهاءها ، إذا كان له من ظروف البقاء ما يميزه عن الوقوع فيه ، استقراراً للمعاملات من وجه ، وتنشياً مع القاعدة الرقيقة التي تقضى بأن المظهر الخلد يحسم الجفوع ، أو كما يقال عادة وإن كان بصارة أقل دقة ، الخطأ الشائع يؤكد الحق . من وجه آخر .
- ... (٢) انظر نقض ٣٠ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٦٠ قد بمجموعة أحكام النقض من ١٤٠ ص ٧٥٩ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط إضافة أثر العقد الذي يبرمه النائب مع الغير إلى الأصل أو خلفائه به انقضاء النيابة هو أن يكون النائب والغير كليهما جاهلين بإنقضاء النيابة وقت التعاقد .
- (٣) انظر نقض ١٥ ديسمبر ١٩٦٦ ، طعن ٣٢/١٥٩ قد بمجموعة أحكام النقض من ١٥٠



## ١١٥ - أثر النيابة :

إذا تم التعاقد بطريق النيابة ، وتوافرت الشروط التي حددناها ، فإن التصرف الذي يجريه النائب ينتج آثاره . لا في حقه هو ، ولكن في حق الأصل . وفي هذا تقضى المادة ١٠٥ بأنه : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل » (١) .

فالحقوق والتزامات التي ترتب على التعاقد بطريق النيابة تنصرف إلى الأصل ، لا إلى النائب . وهي تنصرف إليه مباشرة ، أى من غير المرور بنمة النائب . وهكذا يسوغ للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التي رتبها التعاقد الحاصل بوساطة نائبه . وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصل بحقوقه المتولدة من العقد : دون أن يكون له مطالبة النائب ، باعتبار ذاته : بشئ منها . وعلى العموم يعتبر الأصل هو المتعاقد مع الطرف الآخر (٢) ، دون نائبه .

١٧ ص ١٦٨٠ قاعدة ١٣٨ . وقد قضى هذا الحكم بأن بلوغ المصم القاصر من الرشد أثناء سير الدعوى ، واستمرار والده الوصية عليه في تمثيله ، دون تنبيه المحكمة ، لا يمنع من اعتبار حضورها عنه مستجاً لإثارة القانونية على أناس من النيابة الاتقائية ، وغلصت إلى صحة اختصاصها بكسطة له في الاستئناف الذي يرفع من الحكم الصادر في الدعوى . وأنظر أيضاً : نقض ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٥٨٩/٤٤٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٦١٩ قاعدة ٣٠٠ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد عن المادة ١/١٥٨ التي أصبحت بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٥ من القانون ، ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتماد فيهما يتعلق بإتهام المقد ، قبل التقضين من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصل ونحوه ، عند تعيين مضر آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب عنه من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة القانونية » .

(٢) أنظر نقض ٢٦ مارس ١٩٧٤ - طعن ٣٩/١٦٧ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٥٧٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن الأصل لا يصح غيراً ، فهو يمثل في التصرف بوكيله التي أبرمه لحسابه .



وهكذا فإن كان النائب هو الذى ينشئ التصرف ، فإنه يحتق تماماً عند إعمال أثره ، ولا يصح له التمسك بهذا الأثر بصفته الشخصية <sup>(١)</sup> . فالعقد يعتبر قائماً بين الأصيل وبين المتعاقد الآخر ، وليس بين هذا الأخير وبين النائب ، الذى لم يكن إلا مجرد أداة لإبرام العقد لحساب الأصيل .

وإذا كان مقتضى النيابة أن تنصرف آثار العقد الذى يبرم عن طريقها إلى الأصيل ، الذى يعتبر كما لو كان هو الذى أبرم العقد بذات نفسه . إلا أن ذلك لا يقع ولا تسرى آثار العقد في مواجهة الأصيل ، إذا ثبت أن النائب قد أجراه بالغش والتواطؤ مع من تعاقد معه إضراراً بالأصيل . إذ أن الغش يفسد كل شيء <sup>(٢)</sup> .

#### ١١٦ - انتهاء النيابة :

إذا انتهت النيابة ، فقد النائب الصفة التى كانت ثابتة له في تمثيل الأصيل وأصبح بذلك من الغير بالنسبة إليه ، ومن ثم فالتصرفات التى يجريها بعدئذ باسمه تعتبر غير نافذة في حقه ، مالم يحصل إقرارها وفقاً للقانون ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٧ ، والتي عرضنا لها فيما سبق <sup>(٣)</sup> .

ولسنا هنا بصدد بيان أسباب انتهاء النيابة . فهي تختلف باختلاف حالاتها المتنوعة العديدة والمبعدة في نواح كثيرة من القانون . وإنما ههنا أن نبرز حكماً عاماً مشتركاً يسرى في جميع حالات انتهاء النيابة . ومؤداه التزام النائب أن يرد ، فور انتهاء نيابته ، ما عساه أن يكون قد تسلمه كدليل لثبوتها

---

(١) وإن كان له بالضرورة أن يطالب بإعمال هذا الأثر في حق الأصيل بوصفه نائباً عنه ، إذا كانت نيابته عنه قائمة وقتئذ .

(٢) انظر في ذلك : نقض ٧ إبريل ١٩٧٦ ، طعن ٤٢/٢٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٧ ص ٨٨٦ قاعدة ١٦٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « لأن كان الأصل ، وفقاً للمادة ١٠٥ من القانون المدني ، أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل ، إلا أن نيابة الوكيل من الموكل تقف عند حد الغش . فإذا تواطأ الوكيل مع الغير لإضرار بحقوقه موكله : فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل » .

(٣) راجع ما سبق ، نية ١١٤ .



له ، كما إذا كان قد تسلم صورة من عقد توكيل مثلا ، أو صورة حكم بتعيينه وصياً أو خارصاً قضائياً ، أو كان قد تسلم ملابس أو نحوها مما تجلّله الشركات أو إغاثات زياً خاصاً لمن تنبيه عنها في تحصيل مستحقاتها .

#### ١١٧ - التعاقد مع النفس :

مؤدى إعمال نظرية النيابة إمكان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، بمعنى أن يبرم هو وحده العقد وإن تعددت صفته ، دون أن يسهم أحد آخر معه في إنشائه . ويتصور هذا الوضع في إحدى حالتين :

( الأولى ) أن يبرم شخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره ، كما إذا وهب الأب ، بصفته الشخصية ، ماله لابنه ، ثم قبل الهبة ، بصفته ولياً عنه ، وكما إذا أبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد ودیعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلاً للقانوني <sup>(١)</sup> .

( الثانية ) أن يبرم شخص العقد بصفته نائباً عن كل من طرفيه ، كما إذا باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له ، بوصفه ولياً عن الاثنين .

وإذا كان إعمال نظرية النيابة يميز في ذاته التعاقد مع النفس ، إلا أن جلاصات هذا النوع من التعاقد تدعو إلى شيء من الارتياب فيه ، بالنسبة إلى الأعم الأغلب من حالاته . إذ أنه من المحتمل أن يؤثر التعاقد مع نفسه مصلحة هو على مصلحة من ينوب عنه ، أو يؤثر مصلحة أحد من ينوب عنهما على حساب الآخر . من أجل ذلك ، نجد الشرائع المختلفة لا تقر نظام التعاقد مع النفس في عمومه وشموله ، وإن تغايرت منها الوسيلة . فمنها ما يجزئه كقاعدة ، ويحرمه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء ، كالقانون الفرنسي وكقانوننا المصري القديم ، وفقاً للرأى السائد فيه على الأقل . ومن الشرائع ما يحرم نظام التعاقد مع النفس كقاعدة ، وإن أجازة في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . كالقانون الألماني ( المادة ٢٨١ )

(١) انظر نقض ١٩٦٢/١٢/١٩ طعن ٢٨/٢٩ق مجموعة أحكام النقض ص ١٤



والفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> . وقد جاء قانوننا المدني الحالي مع هذه الفضيحة الأخيرة ، قاضياً في المادة ١٠٨ بأنه : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

وهكذا فالتعاقد مع النفس يقع : في ظل قانوننا المصري ، غير سائغ ، كقاعدة عامة . وتطبيقاً لهذه القاعدة ، جاءت المادة ٤٧٩ مدني تقضي بأنه : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما يبط به يعمه بموجب هذه النيابة مالم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوباً عليه في قوانين أخرى »<sup>(٢)</sup> .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا رخص الأصيل للنائب أن يبرم العقد مع نفسه ، ساغ له ذلك . مثال هذه الحالة ، أن يوكل شخص آخر في بيع مال له أو في إيجاره ، مع الترخيص له في أن يشتريه أو يستأجره لنفسه .

٢ - ويشمل الاستثناء الثاني الحالة التي يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون ، في حالة معينة ، بإجازه التعاقد مع النفس ، تحم العمل بحكمه . ومثال ذلك ما نقض به المادة ١٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه :

---

(١) راجع المادة ١٢٨٨ من مجلة الأحكام العدلية في شأن الوكالة بالشراء ، والمادة ١٢٩٦ في شأن الوكالة بالبيع .

(٢) وقد توسع المشرع في هذا الأمر ، فلم يحز للبصرة ولا للبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار ( المادة ٤٨٠ ) ، وذلك في حين أن المسار والخير لا يستبران تائين في كل الأحوال .



« للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » <sup>(١)</sup> . وكذلك إذا قضت قواعد التجاوة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا النوع من التعاقد . ومثال هذه الحالة ما تقتضيه قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه ، كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية ، وكلفه آخر بشراء هذه الكمية .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة العامة التي تقتضي بعدم إمكان التعاقد مع النفس . وفي غيرهما ، يبقى المبدأ العام سليماً .

وإذا حصل التعاقد مع النفس . حالة كونه غير جائز قانوناً ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانه ، بل مجرد اعتباره غير سار في حق الأصل ، مالم يقره . فالقانون بمنعه التعاقد مع النفس ، يستهدف حماية الأصل من نائبه . وسيله إلى ذلك فرض قيد عام يرد على النيابة ويتضمن هذا المنع . فإن تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحاً به قانوناً ، اعتبر أنه في تعاقد هذا خارجاً عن حدود نيابته . ويترتب على ذلك أن هذا التعاقد يعتبر بالنسبة إلى الأصل ، كما لو كان قد وقع من أجنبي ، أي أنه لا ينفذ في حقه إلا إذا أقره <sup>(٢)</sup> . وقد تضمنت المادة ١٠٨ هذا الحكم . فبعد أن قررت

(١) ومن الحالات التي ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تقتضيه المادة ٦ من قانون الولاية على المال من أنه لا يجوز للول ، حتى لو كان أباً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . (٢) ويلاحظ أنه قد جاء في المذكرة الإيضاحية من المادة ١٦١ من المشروع التمهيلي ، التي أصبحت ، بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون : جاء في هذه المذكرة أن التعاقد مع النفس ، عند عدم جوازه قانوناً ، يقع قابلاً للإبطال لمصلحة الأصل ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ١٠٦ ) . وهذا من المذكرة غير سديد . إذ أن التكييف القانوني السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، في الحالة التي نحن بصددنا ، يقع غير نافذ في حق الأصل ، كما قلنا في المتن . وقد تمتح محكمة النقض مع هذا الرأي ، فقضت أن الوديعه التي يجرها مدير الشركة بصفتها الشخصية مع الشركة ذاتها ، بوصفه ممثلاً قانونياً لها ، تعتبر غير نافذة في حق الشركة ( نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ ملن ٢٩/٢٨ ق مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٧٣ قاعدة ١٦٩ ، وقد سبق الإشارة إليه ) .



منع التعاقد مع النفس ، كأصل عام ، استطردت تقول : « على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد » . وتطبيقاً لهذا الحكم - جاءت المادة ٤٨١ تقضى بأن شراء النائب لنفسه الشيء الذى نيط به بيعه ، والذى يقع غير جائز بمقتضى المادة ٤٧٩ ، يصبح إذا أجازته من تم البيع لحسابه . وهكذا نصل إلى أن الإجازة اللاحقة ، وبمعنى أدق الإقرار اللاحق ، يقع بمثابة التصريح السابق ، من حيث أنه يجعل التعاقد مع النفس صحيحاً .

### ١١٨ - التفرة بين النائب والرسول :

تكلمنا ، فيما سبق ، فى التعاقد بطريق النيابة ، محددين مقوماته وأثره . وعحسن بنا . فى نهاية هذا الموضوع ، أن نفرق بين التعاقد بوساطة النائب والتعاقد بوساطة الرسول .

- فالنائب *representant* ، فى إجراءات التعاقد عن الأصيل ، يعبر ، كما بينا ، عن إرادته هو ، بحيث إنه هو الذى يبرم العقد . ويترتب على ذلك كما سبق أن وضعنا ، ضرورة توافر الإرادة لديه ، وأنه يعتد ، بالنسبة إلى عيوب الرضا وإلى العلم أو الجهل بالظروف الملازمة للعقد ، بشخصه هو لا بشخص الأصيل .

أما الرسول *messageur* فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر . ومثال التعاقد بوساطة الرسول أن يبعث الأب ابنه يبلغ أخيه بأنه قبل الإيجاب الذى سبق أن قدمه له ببيع منزله أو بإيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتجول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شراءها به .

والرسول ، كما سبق أن قلنا ، لا يعدو أن يكون مجرد أداة لنقل إرادة المرسل . فدوره فى التعاقد لا يختلف عن الدور الذى تؤديه هيئة البريد فى نقل الرسائل . وهكذا فالرسول ، بخلاف النائب ، لا يعبر عن ذات إرادته ، ولا يبرم بالتالى العقد ، وإنما يقتصر دوره على مجرد نقل إرادة المرسل ، الذى يظل هو المنشئ للعقد .



ويترتب على هذا الخلاف الأسامي في طبيعة الدور الذي يؤديه كل من  
النائب والرسول في إجراء التعاقد الصروق الثلاثة الآتية :

١- مادام دور الرسول يقتصر على مجرد نقل إرادة المرسل ،  
فلا ضرورة لأن يكون متمتعاً بالإرادة . فهو مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ،  
لا أكثر . ومادام هو قد أفلح في نقل الرسالة ، فإن التعاقد يقوم ، حتى  
لو كان معلوم الإرادة تماماً ، بأن كان صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً .  
أما النائب ، فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعاً بالإرادة  
كما سبق أن بينا .

٢- في التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لا بشخص  
الرسول ، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى نقص العلم أو الجهل بالظروف  
المناسبة للعقد . أما في النيابة ، كما سبق أن بيناه في حينه ، فالأصل أنه يعتد  
بالنسبة لمذنبين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣- لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفي  
العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه . إعمالاً لفكرة النيابة ، فيقع غير  
سائق ، كأصل عام ، وفق ما بيناه منذ قليل .



## المبحث الثاني

### سلامة الرضاء

١١٩ - تناولنا ، في كل ماسبق ، وجود الرضاء ، باعتباره الأساس الأول والركن الركين لقيام العقد . وإذا توافر الرضاء بالعقد ، أمكن له أن يقوم .

بيد أن توافر الرضاء ، وإن مكّن بذاته لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجيء سليماً صحيحاً ، وإلا اعتري الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح بذلك مهدداً بالزوال . لهذا يتحتم علينا أن نتناول هنا سلامة الرضاء ، بعد أن انتهينا من بيان الأمور التي يقتضيها وجوده .

ولكي يجيء الرضاء سليماً ، يلزم أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية ، وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

١٢٠ - ونحب أن نلفت النظر إلى أن ثمة أمرين أساسيين يعنى عدم الخلط بينهما في خصوص الرضاء ، الذي هو الركن الركين للعقد . وهذان الأمران هما : وجود الرضاء وسلامة الرضاء أو صحته . إذ أن الدور الذي يؤديه كل منهما في قيام العقد والجزاء المترتب على تخلفه متغايران تغايراً جلياً عن الدور الذي يؤديه الآخر والجزاء المترتب على تخلفه . فالرضاء في ذاته ، أي في وجوده ، هو وحده الذي يتمثل الركن في العقد . فإن تخلف ، فإن العقد لا يقوم أصلاً ، أي أنه لا ينعقد ، وبعبارة أخرى هو يقع باطلاً . أما سلامة الرضاء أو صحته ، فلا تصل إلى حد كونها ركناً في العقد ، أو حتى شرطاً لازماً لذات توافره ، وإنما هي أمر يتعلق بهذا الركن فحسب ، ويستهدف كماله بجعله بمنأى عن الشوائب . وعلى هذا فعلم سلامة الرضاء لا يحول دون انعقاد العقد ، ولا يصل بالتالي إلى وقوعه من الأصل باطلاً . كل ما هنالك هو أنه يجعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي لم يأت



رضاءه به سليماً ، حيث يمنحه القانون مجرد رخصة في إهداره . وهكذا فإن كان جزء اعتماد الرضاء هو بطلان العقد ، فجزاء عدم سلامة الرضاء لا يتجاوز مجرد جعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي تعيب رضاءه ، وبعبارة أخرى قابلاً للإبطال .

وعند سلامة الرضاء أو عدم صحته ينتجم عن أحد الأمرين الآتين :  
(١) نقص الأهلية . (٢) عيوب الرضاء : وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال<sup>(١)</sup> .

١٢٦ - وسوف نتناول الأمرين اللذين يمسان سلامة الرضاء ، بادئين بالأهلية ، ومعقبن بعيوب الرضاء . كلاهما في مطلب مستقل .

## المطلب الأول

### الأهلية

١٢٧ - يقصد بالأهلية *capacité* : بوجه عام ، صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك . ومن هذا التعريف يبين أن الأهلية تنقسم نوعين : أهلية وجوب ، وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وأهلية أداء ، وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً ، على وجه يعتد به قانوناً .

والمقصود بالأهلية هنا ، أي المقصود بالأهلية اللازمة لسلامة الرضاء ، هي : بطبيعة الحال ، أهلية الأداء . لأن أهلية الوجوب لا تثار إلا بعصدد الحالة التي نبحث فيها عما إذا كان يجوز لشخص معين أن يكون صاحباً لحق ما

---

(١) وقد جاءت المادة ١٦٢ من المشروع التمهيدي تقضي بأنه : « يجوز إبطال العقد : أولاً - لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو أحدهما . ثانياً - لعب في الرضاء » . وقد خففت هذه المادة في لجنة المراجعة ، اعتباراً بأنها تعدد حالات منصوص عليها في المواد التالية . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١١٠ .



أو محملاً بالتزام ما ، أو لا يجوز له ذلك . في حين أن أهلية الأداء هي ، كما بينا ، صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني من عدمه ، وبعبارة أخرى ، أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصلور الرضاء بالتصرف منه .

١٢٣ - والأصل في أهلية الأداء ، أو الأهلية بلا نعت ولا تخصيص - حيث إنه لو جاء اصطلاح « الأهلية » مرصلاً من غير تخصيص عنها<sup>(١)</sup> - أنها متوافرة في الشخص ، مالم يقض القانون بانعدامها أو نقصانها عنده . وفي ذلك تقضي المادة ١٠٩ مدني بأنه : « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحذف منها بحكم القانون »<sup>(٢)</sup> .

وهكذا فالشخص منا يعتبر أهلاً لإجراء التصرفات القانونية كافة ، مالم يقض القانون بانعدامها عنده ، فيمتنع عليه حينئذ إجراء أى من تلك التصرفات ، أو يقضى القانون بانتقاص الأهلية لديه ، فلا يصح منه إجراء التصرفات التي يرد الإنقاص عليها<sup>(٣)</sup> .

والأحكام التي تنظم الأهلية تمس النظام العام في الصميم . لأنها تؤثر تأثيراً بالغاً في حياة الشخص القانونية والاجتماعية والاقتصادية . ولهذا جاءت المادة ٤٨ تقول : « ليس لأحد التزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » .

---

(١) وهذا هو المعنى المقصود من اصطلاح « الأهلية » في المواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدى التي أصبحت المادة ١٠٩ من القانون ما يأتي : « الأصل في الشخص توافر الأهلية . أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون . ويتعرض على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية ، من شأنها إلقاء شبه الإثبات على عاتق من يتصكع بعدم الأهلية » .

(٣) وفرض الحراسة على الأموال ، سواء أحصل بمقتضى إجراء إدارى أو بحكم قضائى ، لا يتشمل قيلاً على أهلية صاحب تلك الأموال . فهو لا يعدم أهلية هذا الشخص ولا ينقصها . إذ هو إجراء يرد على ذات حق الشخص في أمواله بطل يده في شأنه ولا يمس أهليته ، مثل فرض الحراسة هنا مثل شرط البيع من التصرف في المال المنصوص عليه في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ . انظر في ذلك : تقص مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٤٢/٣٧١ ق ، مجموعة أحكام التقص من ٢٧ من ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .



فكل ما عليه القانون في شأن الأهلية من أحكام يسرى دائماً أبداً وفي كل الأحوال ، حتى لو ارتضى الأشخاص غيرها أو اتفقوا مع غيرهم على مخالفتها . فمثل ذلك الرضاء أو الاتفاق يقع باطلاً أصلاً ولا يعتد به ، لمخالفته لمقتضى النظام العام .

#### ١٢٤ - مجال إعمال أهلية الأداء :

عرفنا مما سبق أن أهلية الأداء ، أو الأهلية بلانعت ولا تخصيص ، هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام .

ويلاحظ أن الأعمال التي يجريها الشخص والتي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله بالالتزام نوعان :

( الأول ) عمل قانوني ، وهو ما يطلق عليه بعبارة أكثر شيوعاً « التصرف القانوني » . ويتميز العمل أو التصرف القانوني بأنه يقوم على الإرادة ، بمعنى أن الإرادة تنبج فيه إلى إحداث الأثر القانوني ، وهو ترتيب الحق أو الالتزام ، ومثال العمل أو التصرف القانوني : البيع والإيجار والهبة والوصية .

( الثاني ) عمل مادي ، وهو العمل الذي يقوم به الشخص ، سواء أكان عن عمد أو عن غير قصد . فيرتب عليه أن يكسب حقاً أو أن يتحمل بالتزام : دون أن يكون لإرادته دخل في ترتيب ذلك الحق أو هذا الالتزام : وإن أمكن لها في بعض الأحيان أن يكون لها دخل في ذات وقوع العمل المادي . ومثال ذلك أن يدم شخص سيارته رجلاً يسير في الطريق ، فيحدث به ضرراً . فسائق السيارة يرتكب هنا عملاً مادياً ، هو العمل الذي أدى إلى إصابة المضرور . وقد يكون هذا العمل عن قصد أو عن إهمال . ويرتب على هذا العمل تحمل سائق السيارة بالالتزام بتعويض المضرور عما ناله من ضرر . ولكن هذا الأثر القانوني لا يجيء نتيجة لإرادة سائق السيارة . فهو لم يقصد بما عمل أن يتحمل بالالتزام ، ولكن القانون هو الذي يحمله به ، نتيجة لحجر وقوع الفعل الضار بمخطئه .



وقد رأى البعض أن أهلية الأداء تعنى ، فضلاً عن الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، الصلاحية للقيام بالأعمال المادية التي ترتب له الحق أو الالتزام<sup>(١)</sup> . وربما كان دافعهم إلى ذلك ما جاءت به المادة ١٦٤ مدني من أن الشخص لا يسأل ، كقاعدة عامة ، عن أعماله غير المشروعة إلا إذا صلت منه وهو مميز .

والحقيقة أن أهلية الأداء لا تعنى إلا الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، دون الأعمال المادية . لأن مناط أهلية الأداء هو الإرادة المدركة المميزة . فلا مجال لها إلا في الأحوال التي يجيئ الأثر القانوني فيها نتيجة الإرادة ، أي لا مجال لها إلا في التصرفات القانونية . أما الأعمال المادية ، فهي وإن رتبت في بعض الأحيان آثاراً قانونية ، إلا أن هذه الآثار لا يجيئ نتيجة لإرادة فاعلها ، وإنما تجيئ بسبب أن القانون يقضى بترتيبها ، نتيجة وقوع العمل المادي ذاته ولجود وقوعه . ولا يقدح في صحة هذا القول ما جاء به القانون المدني من أنه يلزم ، كقاعدة عامة ، لمسئولية الشخص عن عمله الخاطيء أن يكون مميزاً . فالتمييز هنا شرط ، لتحمل الشخص بالالتزام . فهو قيد يرد على أهلية الوجوب ، ولا يمس أهلية الأداء<sup>(٢)</sup> .

خلاصة ما سبق أن مجال أهلية الأداء هو الأعمال أو التصرفات القانونية وحدها ، دون الأعمال المادية .

## ١٢٥ - أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية ، باختلاف نوع هذه التصرفات . والتصرفات في هذا الصدد ، تنقسم أساساً إلى أنواع ثلاثة :

---

(١) انظر شفيق شحاته ، نظرية الحق نيلة ٨٤ .

(٢) ويأخذ بهذا الرأي : عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق نيلة ٨٤ - سليمان مرقس ،

المدخل لعلوم القانونية نيلة ٢٤٤ . ويتفق الرأي الذي ذهبنا إليه مع ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية من أن أهلية الأداء هي أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلتزم بعبارة ، فهي شرط صحة في التصرفات « القولية » دون « الفعلية » .



أولاً : أعمال أو تصرفات نافذة للشخص نفعاً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجربها بالنفع الخالص ، أى النفع الذى لا يدفع عنه مقابل مادى . ومثالها قبول الشخص هبة تصدر له ، وقبوله كفالة دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال « أهلية الاعتناء » ، لأن من شأنها أن ترتب لصاحبها اعتناء محضاً .

ثانياً : أعمال أو تصرفات ضارة بالشخص ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجربها بالضرر المادى : دون أن يأخذ مقابل لما يخسر . ومثالها أن يهب شخص ماله لآخر ، أو أن يوصى له به بعد موته ، أو أن يتزل عن دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الأعمال « أهلية الافتقار » ، لأن من شأنها أن تفقر صاحبها ، دون أن يكون من وراء هذا الافتقار مقابل مادى يؤدى إلى نفعه . كما تسمى أيضاً « أهلية التبرع » . على أساس أن الشخص يتبرع بماله . وتسمى أيضاً أهلية التصرف بلا مقابل ، على أساس أن الشخص يتزل عن ماله دون مقابل .

ثالثاً : أعمال أو تصرفات تلور بين النفع والضرر : وهى التصرفات التى من شأنها أن تنفع وأن تضر فى نفس الوقت ، وبمقتضاها يأخذ الشخص شيئاً ، ويعطى من ماله مقابلاً لما يأخذ . ومثالها البيع حيث يأخذ مجريه الثمن ويعطى المال : والشراء حيث يأخذ مجريه الشيء ويعطى الثمن ، والإيجار حيث يأخذ مجريه الأجرة ويعطى منفعة الشيء . والاستئجار حيث يأخذ مجريه منفعة الشيء ويعطى الأجرة .

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

- ١ - أهلية التصرف بعوض أو بمقابل : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ، ولو جزئياً ، كالبيع والشراء والرهن .
- ٢ - أهلية الإدارة : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها التعامل فى المال مع بقائه لصاحبه ، أى دون فقده ، كالإيجار والوديعة والغارية .



هذه هي أنواع التصرفات القانونية . ويمكن إجرائها من عدمه ، تقاس أهلية الأداء ، وجوداً أو عدماً أو نقصاناً . فإذا كان للشخص أن يجريها كلها ، كانت أهلية الأداء لديه كاملة . وإذا لم يكن له أن يجري شيئاً منها ، كانت أهلية الأداء معدومة عنده . وإذا كان له أن يجري بعضها دون البعض الآخر ، كانت له أهلية أداء ناقصة .

#### ١٢٦ - مناهل أو أساس أهلية الأداء :

مناهل أو أساس أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . فهي تلوز معه وجوداً وعدماً ، كمالاً ونقصاناً . فإذا اكتمل الإدراك لدى شخص ، تمتع بأهلية أداء كاملة . وإذا انعدم ، انعدمت . وإذا نقص ، نقصت .

وفي هذا تختلف أهلية الأداء اختلافاً أساسياً عن أهلية الوجوب . فمناهل هذه الأخيرة هو الشخصية ذاتها . وهكذا فبمجرد أن يرى الوليد نور الحياة ، تثبت له الشخصية ، ويتمتع بالتالي بأهلية وجوب كاملة . ولكنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك أو التمييز ، وبقدر ما يتوافر لديه منه . فإدام الإدراك لديه منعدماً ، كانت أهليته منعدمة كذلك . وفي الوقت الذي يتوافر لديه بعض الإدراك ، تمتع له أهلية أداء ناقصة . وكلما زاد إدراكه ، زادت أهلية أدائه . حتى إذا ما كمل ، كملت .

#### ١٢٧ - تأثير أهلية الأداء بالسن :

عرفنا أن مناهل أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . وإدراك الشخص يتوقف في صغره على سنه ، حتى يبلغ رشده . ولذلك كان السن عاملاً أساسياً في تحديد أهلية الأداء لدى الصغير . فهي تتفاوت باختلافه . وبمر الإنسان في هذا الصدد بأدوار أربعة أساسية ، تتفاوت فيها أهلية أدائه بين العدم والكمال . وهذه الأدوار هي الآتية :

الدور الأول - الجنين أو الحمل المستكن : للجنين أهلية وجوب ناقصة ، ولكن ليس له أهلية أداء البتة . فمناهل أهلية الأداء الإدراك أو التمييز . وليس للجنين شيء منه .



الدور الثاني - الصبي غير المميز : يبدأ هذا الدور من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي السابعة من عمره ، وهو سن التمييز . وفي هذه المرحلة من الحياة ، يكون الصبي فاقد الإدراك والتمييز ، وبعبارة أدق ، يفترض فيه القانون ذلك فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، وبالتالي فهو يكون معلوم أهلية الأداء ( المادة ٤٥ ) . فليس للصبي غير المميز أن يقوم بأى عمل أو تصرف قانوني . حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له . وإذا قام الصبي بأى عمل قانوني ، حتى لو قبل هبة ، كان تصرفه باطلا . وفي هذا تقضى المادة ١١٠ بأنه : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

الدور الثالث - الصبي المميز : يبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي السابعة من عمره ، ويستمر إلى أن يبلغ سن الرشد ، وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ( المادة ٤٤ / ٢ ) . وفي هذا الدور من حياة الصبي يبدأ الإدراك يتوافر لديه تدريجاً . ولهذا تثبت له أهلية أداء ناقصة ( المادة ٤٦ ) ، تقوى تدريجاً بازدياد الإدراك عنده ، حتى تكمل باكتماله ، حينما يبلغ رشده .

ويمر الصبي المميز بمراحل ثلاث فرعية ، يحسن أن نبين مدى أهليته خلال كل منها ، وذلك فيما يلى :

( أ ) مرحلة الصبي المميز من سن السابعة إلى السادسة عشرة : تثبت للصبي المميز فى هذه المرحلة أهلية الاغتناء . فله أن يجرى كل التصرفات التى تعود عليه بالنفع المحض ، دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه . فله أن يقبل بمفرده الهبة ، كلما كانت عارية من كل شرط أو تكليف ، كما أن له أن يقبل كضالة دين له على غيره . أما أهلية الافتقار أو التبرع ، فعدومة عنده أصلاً . فليس له أن يجرى التصرفات التى تعود عليه بالضرر المحض ، كأن يهب ماله أو يوصى به أو يتزل عن حق له ؛ فإن أجرأها ، وقعت باطلة بطلائعاً مطلقاً <sup>(١)</sup> ( المادة ١١١ / ١ ) . تبقى بعد ذلك التصرفات الدائرة بين

(١) انظر : نقض ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ ، طعن ٣٤/٢١٣ ، مجموعة أحكام النقض ص ١٨ من ١٨٦٦ رقم ٢٨٣ .



التفيع والضرر ، كإليع والشراء والإيجار والاستئجار والوكالة والشركة .  
والصبي المميز ، بالنسبة إلى هذه التصرفات ، أهلية ناقصة ، بمعنى أنه إذا  
أجرأها ، وقعت قابلة للإبطال لمصلحته هو <sup>(١)</sup> دون المتعاقد الآخر  
(المادة ١١١ / ٢) .

(ب) مرحلة الصبي المميز من سن السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة :  
في هذه المرحلة ، تكون للصبي نفس أهلية الأداء التي بينها في المرحلة  
السابقة . وتريد عليها أهلية كاملة بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها الصبي من  
عمله الخاص .

ففي بلغ الصبي السادسة عشرة من عمره ، منحه القانون أهلية التصرف .  
في المال الذي يجيء ثمرة عمله ، سواء أكان التصرف بغرض أم تبرعاً .  
فإذا احترف مهنة أو صناعة أو أدى أى عمل عاد عليه بمال ، حق له أن  
يتصرف في هذا المال على نحو ما يراه ، فيحق له ، مثلاً ، أن يشتري به متزلاً  
أو أرضاً أو سيارة ، بل يحق له أن يتبرع به لغيره . ولا تثبت للصبي هنا

(١) وإذا كانت القاعدة هي أن أهلية الصبي المميز تقع ناقصة بالنسبة إلى التصرفات الدائرة  
بين التفيع والضرر ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءان الآتيان :

الأول : خاص بالأموال التي تسلم للصبي المميز أو توضع تحت تصرفه لأغراض نفقته .  
فبالنسبة لهذه الأموال ، تكون للصبي ، متى بلغ السابعة من عمره ، أهلية التصرف كاملة في الحدود  
التي تنفق مع أغراض الإنفاق على نفسه . فلصبي أن يشتري بمصروفه كل ما يلزم لحاجته . ويقع  
شراؤها هنا صحيحاً ، دون حاجة إلى تدخل من وليه أو وصيه . ويصح للصبي أن يقرض المال  
اللازم لنفقته . على أن التزامات الصبي التي يقدتها لأغراض نفقته ، لا يمكن لأصحابها استيفؤها  
إلا من المال الذي يسلم له أو يوضع تحت تصرفه لهذه الأغراض . وقد قصت المادة ٦١ من قانون  
الولاية على المال الأحكام السابقة بقولها : « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت  
تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتملق بهذه الأغراض في حدود هذا المال  
قصد » .

الثاني : والاستثناء الثاني خاص بأهلية الصبي المميز لإبرام عقد العمل الفردي . فلصبي ،  
متى بلغ السابعة من عمره ، أن يبرم مع رب العمل عقد العمل الفردي ، دون حاجة إلى تدخل  
من وليه أو وصيه . ولكن يثبت الحكمة هنا الحق ، بناء على طلب الولي أو الوصي أو أي ذي شأن ،  
في إنهاء العقد ودعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة ( راجع المادة ٦٢  
من قانون الولاية على المال ) .



أهلية التصرف في ذات المال الذي كسبه بعمله فحسب ، وإنما تثبت له أيضاً أهلية التصرف في كل الأموال التي تحمل عمل المال الذي كسبه من عمله <sup>(١)</sup> .  
ففيحق له ، في المثال السابق سرده ، أن يبيع المنزل أو الأرض ، أو السيارة ، ويشتري بالثمن أموالاً أخرى ، ويحق له أن يرهنه وأن يؤجره ، بل يحق له أن يهبه . والأموال التي يكسبها الصبي من عمله الخاص لا تخضع للولاية أو الوصاية ، بل تبقى في يد الصبي يديرها ويتصرف فيها بنفسه .

والالتزامات التي تنجم نتيجة التصرفات التي يبرمها الصبي متعلقة بماله الذي كسبه من عمله الخاص : سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، تقع صحيحة ، ولكن في حدود هذا المال فقط ، بمعنى أن الدائنين بتلك الالتزامات لا يستطيعون استيفاءها من أموال الصبي الأخرى ، كذلك التي ورثها ، مثلاً .

وأهلية التصرف في المال المكسوب من العمل الخاص تثبت للصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بقوة القانون . أي دون حاجة إلى إذن خاص من الولي أو الوصي أو حتى من المحكمة .

هذا هو قدر ما يزيد على أهلية الصبي المميز على أثر بلوغه السادسة عشر عاماً من عمره . والحكمة ظاهرة من تقرير تلك الزيادة في أهلية هذا الصبي . فقد لاحظ المشرع أن الصبي الذي يكسب مالا نتيجة عمله الخاص في هذه

---

(١) ويلاحظ أن الحكم الذي أوردناه في المتن ، وهو القاضى بثبوت أهلية الصبي ذي السادسة عشرة من عمره في التصرف ليس فقط في ذات المال الذي يكسبه مباشرة من عمله ، وإنما أيضاً في الأموال الأخرى التي تحمل عمله بطريق أو بآخر ؛ ويلاحظ أن هذا الحكم قد لا يستين من ذات نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، التي جاءت تمنح للصبي أهلية التصرف « فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره » . فحرفية النص قد يفهم منها قصر الأهلية على الثمرة المباشرة للعمل ذاتها ، دون ما يجمي ويلا عنها أو يحمل عملها . ومع ذلك فالرأي الذي ذهبنا إليه هو الذي يبدو لنا صائباً . فحتى لو قلنا بأن حرفية نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال لا تستوعبه ، فهي على الأقل لا تمنعه . ومن ثم يتوجب إعماله تطبيقاً لنظرية الحلول المبني لتوافرها شروطها فيه . انظر في نفس الاتجاه : إسماعيل غانم في رسالته المقدمة بجامعة باريس في فكرة النعمة في القانون الفرنسي والقانون المصري ، ص ١٥٦ . وانظر أيضاً : منصور مصطفى منصور في رسالته المقدمة بجامعة القاهرة في نظرية الحلول المبني نتيجة ١١٥ وما بعدها .



السن المبكرة جدير برعاية القانون وتشجيعه ، وأنه يجب عليه ألا يقف حائلا بينه وبين استمرار نشاطه .

يبد أن المشرع لاحظ مع ذلك أن إدراك الصبي لازال غير مكتمل ، وأنه قد يقع نتيجة ذلك فريسة للترق والطيش ، ففرض الرقابة عليه للمحكمة التي خولها أن تقيد أهليته في التصرف في ماله الذي كسبه من عمله الخاص ، إذا اقتضت ذلك مصلحته ؛ وفي هذه الحالة ، يخضع المال لنظام الولاية أو الوصاية ، في حدود الأعمال التي تقيد المحكمة القاصر في إجراءاتها .

تلك هي أحكام أهلية الصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . وقد ركزها المشرع في المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال بقوله : « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المسال الذي يكسبه من مهته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » (١) .

(ج) مرحلة الصبي من سن الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين : في هذه المرحلة يزيد إدراك الصبي بعض الشيء . ولذلك تزيد أهليته قليلا عما كانت في المرحلتين السابقتين .

فقد رأينا أن الصبي بمجرد بلوغه السابعة من عمره ، تثبت له أهلية الاغتناء . وتبقى له هذه الأهلية كاملة في هذه المرحلة . أما أهلية الافتقار ، فهي معلومة عنده . وتظل معلومة كذلك حتى بعد بلوغه الثامنة عشرة . مع استثناء إجراء الوصية (٢) . فلصبي إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يوصى بماله ، بشرط

---

(١) وكان قانون المحاكم الحسبية ينص على حكم يقاربها بيناه في المتن ، وذلك في المادة ٦ من التي شملها الإلغاء .

(٢) فالوصية عمل من الأعمال الضارة بالموصى ضرراً محضاً . ومن مقتضى القاعدة التي تضمنتها المادة ١/١١١ . والتي تقضي بطلان تصرفات الصبي المميز متى كانت ضارة به ضرراً محضاً ، أن تقع وصية الصبي المميز باطلة . ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم ، قاضياً بصحتها ، بشرط إذن المحكمة .



أن يأخذ بذلك إذناً من المحكمة ( المادة ٥ من قانون الوصية ) . أما أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فقد رأينا أنها ناقصة لدى الصبي المتميز . ويتوافر للصبي منها ، متى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف في الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . ويبقى للصبي في مرحلتنا هذا المظهر من الأهلية وزيادة عليه ، يكسب الصبي الذي يبلغ الثامنة عشرة مظهرين آخرين : وهما الآتيان :

١ - أهلية الانحجار : للصبي إذا بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، بشرط إذن المحكمة في ذلك ، إذناً مطلقاً أو مقيداً ( المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال ) .

٢ - أهلية الإدارة بالنسبة إلى كل أمواله أو بعضها ، بشرط أن يصدر له الإذن في ذلك .

والإذن للصبي في الإدارة يصدر إما من وليه ، إن كان له ولي ، وإما من المحكمة إن لم يكن له ولي .

فإذا كان للصبي ولي ، وهو الأب أو الجد الصحيح عند غياب الأب ، حق له أن يأذن صغيره ، في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ويجب هنا أن يحصل الإذن بإشهاد رسمي . يتم في مكتب التوثيق الملحق بمصلحة الشهر العقاري . وللولي أن يسحب إذنه أو يقيده بإشهاد آخر ( المادة ٥٤ ولاية على المال ) .

فإذا لم يكن للصبي ولي ، كان إعطاء الإذن بالإدارة من اختصاص المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . وهي تعطيه أو ترفضه ، بعد سماع الوصي . وإذا رفضت المحكمة الإذن ، ما جاز تجديد طلبه إلا بعد فوات سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض . وللمحكمة أن تأذن للصبي في تسلم وإدارة أمواله كلها أو بعضها ، على حسب ما ترى ( راجع المادة ٥٥ ولاية على المال ) .



ويلاحظ أن الإذن بالإدارة لازم ، نكح يصبح الصبي البالغ ١٨ سنة أهلاً لإدارة الأموال التي يتسلمها . فهذه الأهلية لا تثبت له بقوة القانون ، بمجرد بلوغه تلك السن . وفي هذا يختلف حكم الصبي البالغ ١٨ سنة بالنسبة إلى أهلية الإدارة عن حكم الصبي البالغ ١٦ سنة بالنسبة لأهلية التصرف في أمواله التي يكسبها من عمله الخاص . فهذه الأهلية الأخيرة ، تثبت بقوة القانون بمجرد بلوغ الصبي ١٦ سنة ، دون حاجة إلى إذن خاص ، وتبقى له مالم تقض المحكمة بسلبها منه أو بتقييدها .

وللصبي المأذون في الإدارة ، أن يجري كل أعمال الإدارة المتعلقة بالأموال التي يأذن في إدارتها . فله أن يجري الأعمال اللازمة لصيانة هذه الأموال ، كأن يتفق مع مقاول على أن يرم له منزله . وله أن يجري كل التصرفات اللازمة لزراعة أرضه ، كأن يشتري البذور والسباد . وله أن يؤجر كل أمواله ، لأية مدة يشاء ، مع استثناء الأراضي الزراعية والمباني ، فلا يصح له أن يؤجرها لمدة تزيد على سنة ، فإن أجزاها لمدة تزيد على سنة ، وقع إيجاره صحيحاً في حدودها<sup>(١)</sup> وقابلاً للإبطال فيما تجاوزها<sup>(٢)</sup> . وللصبي البالغ ١٨ سنة ، فضلاً عن أعمال الإدارة ، أن يجري أعمال التصرف المترتبة عليها . فله أن يبي ويستوفي الديون المترتبة على أعمال الإدارة . وله أن يبيع غلة أرضه . وله أن يتصرف في صافي دخله ، ولكن في حدود القدر اللازم لسد نفقته ونفقة من يعوله (راجع المادة ٥٦ ولاية على المال) .

والصبي يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى الأعمال المسموح له بإجرائها ؛ فله أهلية إجرائها وأهلية التقاضي بشأنها .

والصبي المأذون يباشر أعمال الإدارة تحت الرقابة . فهو لا زال غير مكتمل الإدراك ، ويخشى أن يقع ضحية التزق والطيش . فإذا منحه القانون أهلية الإدارة ، فهو يصب عليه رقيباً يشرف عليه فيما يعمل ؛ فإن أحسن الإدارة ، فيها ؛ وإن أساءها ، سلب الرقيب منه أهليته .

---

(١) راجع مؤلفنا ، عقد الإيجار ، الجزء الأول ، نيلة ٢٨ .



والقريب على الصبي في إدارته أمواله هو وليه ، إن كان موجوداً .  
ظلولى إذا أساء صبيه إدارة أمواله ، أن يحذ من الإذن الذى أعطاه إياه في  
صددها أو أن يسجبه . بشرط إجراء ذلك بإشهاد رسمى ، كما سبق أن بينا .  
فإذا كان الولى غير موجود ، ثبتت الرقابة على الصبي للمحكمة . ولتكن  
المحكمة من إجراء هذه الرقابة ، يفرض القانون على الصبي واجب أن يقدم لها  
حساباً سنوياً عن إدارته : يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ( المادة ٥٨ ولاية  
المال ) . وإذا رأت المحكمة أن الصبي المأذون قد قصر في الإدارة أو في تقديم  
الحساب ، أو رأت أن هناك أسباباً يخشى معها من بقاء الأموال في يده ،  
حق لها من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن ،  
أن تحذ من الإذن بالإدارة أو تسلب القاصر إياه . وذلك بعد سماع أقواله  
( المادة ٥٩ ولاية على المال ) .

الدور الرابع — البالغ الرشيد : يبلوغ سن الرشد : وهى إحدى وعشرون  
سنة ميلادية كاملة ( المادة ٤٤ / ٢ مدنى ) ، تنتهى حالة القصر ويستكمل الصبي  
أهليته . وإنما يشترط لذلك أن يبلغ الصبي سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية  
( المادة ٤٤ / ١ مدنى ) . فإن بلغها مجنوناً أو معتوهاً ، بقيت حاله قصره ،  
واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه ، على حسب الأحوال . وتستمر  
الولاية هنا على مال الصبي ، دون حاجة إلى حكم سابق من المحكمة يقضى  
بإشمرارها . أما إذا لم تكن بالصبي عاهة في عقله ، انتهت حالة قصره ،  
وزالت الولاية على ماله بمجرد بلوغه سن الرشد : ما لم تقض المحكمة قبل بلوغه  
هذه السن بإشمرار الولاية أو الوصاية عليه . والمحكمة تقضى بإشمرار الولاية  
أو الوصاية ، إذا رأت أن الصبي برغم تمتعه بقواه العقلية ، لا يحسن التصرف  
في ماله ، لسفه أو غفلة .

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا بلغ الصبي سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً  
أى غير متمتع بقواه العقلية ، وبين حالة ما إذا بلغها متمتعاً بقواه العقلية ،  
ولكن يعتريه سفه أو غفلة . ففي الحالة الأولى ، تبقى الولاية أو الوصاية على  
مال الصغير ، دون حكم سابق من القضاء . أما في الحالة الثانية ، فيلزم ،



لا استمرار الولاية أو الوصاية ، صلور حكم من المحكمة يقضى بذلك قبل بلوغ سن الرشد (١) .

ويلاحظ أيضاً الفرق بين حالة استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، وبين حالة ما إذا اعتبر الشخص رشيداً ، ثم أريد بعد ذلك الحجر عليه ، لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ففي الحالة الأولى ، تبقى الولاية على مال الشخص لوليه أو وصيه . أما في الحالة الثانية ، فتعتبر الولاية أو الوصاية قد انتهت إلى غير رجعة ، وينصب على الشخص قيم . وليست لهذا الموضوع أية أهمية عملية بالنسبة إلى الوصاية ، ف سواء أخضع الشخص لولاية الوصي ، على أثر استمرارها بعد بلوغه من الرشد ، أم خضع لولاية القيم على أثر الحجر عليه ، فالأمر واحد بالنسبة إلى سلطة النائب ؛ إذ سلطة الوصي والقيم واحدة ( المادة ٧٨ ولاية المال ) . ولكن الأمر يختلف إذا كان للصبي ولي . فاستمرار الولاية بعد بلوغه من الرشد ، يقتضى استمرار سلطة الولي .

(١) وقد كانت المادتان ١٣ و ٢/٣٠ من قانون المحاكم الحسبية تتضمنان الفارق بين هاتين الحالتين بشكل صريح . إذ أن أولى هاتين المادتين تنص على أنه : « تنبئ الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر إلا إذا بلغها مجنوناً أو متوهاً ، فإن الولاية تستمر عليه حتى لو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة » . وتقرر المادة ٢/٣٠ نفس الأمر بالنسبة إلى الوصاية . أما قانون الولاية على المال ، فلم يبرز الفارق بين الحالتين اللتين نحن بصددهما . ولكنه موجود مع ذلك تحت ظله . ويستدل عليه من تقرير نص المادة ١/٤٤ مدني ونص المادتين ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال . فالمادة ١/٤٤ مدني تقتضي بأن : « كل شخص يبلغ من الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . فهذه المادة تستلزم لإنهاء حالة القصر ، وبالتالي لزوال الولاية والوصاية ، أن يبلغ الصبي من الرشد متمتعاً بقواه العقلية . فإذا بلغها غير متمتع بقواه العقلية لجنون أو عته ، ما توافر شرط إنهاء حالة قصره ، وبالتالي تستمر الولاية أو الوصاية عليه ، دون حاجة إلى حكم سابق من القضاء . أما المادتان ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال ، فتضمان على أن الولاية والوصاية تنتهيان ببلوغ القاصر ٢١ سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرارها عليه . ولابد من تفسير هاتين المادتين تفسيراً يتشع مع حكم المادة ١/٤٤ مدني . وهذا التفسير يقتضى عدم الأخذ بحكمها إلا إذا لم تكن بالشخص عاقل في عقله ، ولكن تقوم به عادة تلحق تدييره ، وهي السفه والغفلة . وهكذا نصل إلى نفس الحكم الذي كان يقضى به قانون المحاكم الحسبية الملغى ، وهو الذي بيناه في المتن .



أما إذا انتهت الولاية، وحجر على الشخص: فإنه ينصب عليه قيم . والفارق كبير بين سلطة الولي وسلطة القيم ، على نحو ما ستبينه . وتمشياً مع تلك النتيجة . جاءت المادة ١٩ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه : « إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر » (١) .

#### ١٢٨ - الولاية على مال القاصر :

عرفنا أن الشخص يكون معلوم أهلية الأداء قبل أن يبلغ السابعة ( الصبي غير المميز ) . فإذا بلغها ، كان ناقص الأهلية إلى أن يبلغ رشده ( الصبي المميز ) . ومؤدى انعدام الأهلية أو نقصها ، أن الشخص لا يصلح لأن يباشر بذات نفسه التصرفات المالية ، أو لا يصلح لأن يباشر بعضها . وإذا كان الأمر هكذا ، وجب أن ينصب على القاصر شخص يتولى عنه مباشرة التصرفات التي يؤدي عدم إجرائها إلى الإضرار به . ويحصل ذلك بمقتضى نظام الولاية على المال .

والولاية على مال القاصر تثبت لوليّه أو وصيه على حسب الأحوال : وهي تثبت لهما تحت رقابة المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) .

وثمة ترتيب معين يحتم القانون مراعاته فيمن تعطى له الولاية على مال الصغير . وهو من بعد ترتيب مستقى من الفقه الإسلامي .

ووفق هذا الترتيب ، تثبت الولاية بادية ذي بدء لأب الصغير ، إذا كان موجوداً ولم يقم به سبب يمنعه من توليها . وثبتت الولاية للأب وتقديمه على من عداه أمر متفق عليه في الفقه الإسلامي من غير خلاف . وعلته ظاهرة . إذ أن الأب مع الأم أقرب الناس إلى ولده . وهو أولاهم طراً لرعاية مصلحته .

فإن لم يكن الأب موجوداً ، أو قام به سبب يمنعه من تولي الولاية ،

---

(١) انظر في هذا المعنى : نقض جنائي ١٩ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض الجنائية ص ٣ رقم ٥٨ ص ٧٨ .



ثبتت ولاية مال الصغير لمن عساه أن يكون الأب قد اختاره وصياً لولده ، إذا لم يقم به سبب يمنعه منها . وهذا هو الوصي المختار <sup>(١)</sup> .

فإن لم يكن الأب قد اختار وصياً لولده ، ثبتت الولاية على ماله للجد الصحيح ، وهو الجد لأب <sup>(٢)</sup> ، شريطة أن يكون صالحاً قانوناً لمباشرتها .

فإن لم يكن للصغير أب ، ولا وصي مختار من الأب ، ولا جد لأب ، ثبتت الولاية على مال الصغير لمن تعينه المحكمة وصياً عليه .

ونبدأ بالكلام في الولي ، ثم نقب بالوصي .

#### ١٢٩ - الولي أو الولي الشرعي :

ثبتت الولاية على مال الصغير ، كما سبق لنا أن بينا ، لأبيه إن كان حياً ولم يمنعه منها سبب قانوني . فإن كان الأب قد مات ، أو قام به سبب يمنعه ، ثبتت الولاية للجد الصحيح ( الجد لأب ) إن كان موجوداً وصالحاً لمباشرتها وذلك ما لم يكن الأب قد اختار لصغيره وصياً .

والأب والجد يطلق عليهما « الولي » ، بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح ، حيث إنه قد يطلق هذا الاصطلاح أيضاً ويقصد به ، في معناه الواسع الشامل ، كل من يتولى الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها ، سواء أكان أباً أم جداً أم غيرهما . وتتميز الأب والجد عن غيرهما ممن يتولون الولاية على مال ناقصي الأهلية وعديميها ، أي الوصي ، فإنه كثيراً ما يطلق على كل منهما اصطلاح « الولي الشرعي » أو « الولي الطبيعي » .

ولاية كل من الأب والجد لأب ولاية إلزامية ، بمعنى أنه لا يجوز لأبي منهما أن يتنحى عنها إلا إذا وجد سبب مقبول لهذا التنحي ، وأذنته المحكمة فيه ( المادة الأولى من قانون الولاية على المال ) . وفي ذلك تختلف الولاية بمعناها

١ (١) وتقديم الوصي المختار على الجد جكم تقول به المالكية والحنفية .

(٢) أما الجد لأم ، وهو الذي يطلق عليه في لغة الفقه الإسلامي « الجد القاسد » . فلا تثبت له الولاية على مال صغيره بقوة القانون ، وإن أمكن بطبيعة الحال أن يختار وصياً عليه من الأب أو من القاصي ، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة الناس .



الضيق عن الوصاية . حيث لا يلزم الوصى ، أياً ما كانت درجة قرابته للقاصر ، بقبول الوصاية ، بل إن له أن يرفضها .

وتقع الولاية على كل أموال القاصر <sup>(١)</sup> : مع استثناء ما يؤول إليه منها بطريق التبرع ، إذا اشترط المتبرع عدم خضوعها لسلطة الولي ( المادة ٣ ولاية المال ) . وفي هذه الحالة ينصب للصغير وصي يقوم إلى جانب وليه . وتكون سلطته مقصورة على الأموال الخارجة عن سلطة الولي .

### ١٣٠ - سلطة الولي :

ولولي . أباً كان أم جداً . سلطة القيام بالأعمال النافعة للصغير نفعاً محضاً . كقبول هبة له غير مقرونة بشرط . أما إذا كان التبرع مقروناً بشرط ماصح لولي قبوله ، إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٢ ولاية المال ) .

أما الأعمال الضارة بالصغير ضرراً محضاً ، فالأصل فيها أنها ممنوعة على الولي . فليس لولي ، ولو كان هو الأب ، أن يتبرع بمال الصغير . إلا أنه يستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي . فيصح للولي أن يتبرع بمال صغيره لأداء واجب إنساني أو عائلي . بشرط إذن المحكمة .

وبالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، تلزم التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف بمقابل .

فأعمال الإدارة جائزة للولي . فللولي أن يقوم نيابة عن صغيره بكل التصرفات اللازمة لإدارة أمواله <sup>(٢)</sup> ، كشراء البنود والسداد والاتفاق مع مقاول على ترميم دار للصبي . ومن أعمال الإدارة الجائزة للولي إجارة

---

(١) وتقتضي المادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأنه : « على الولي أن يحرز قائمة بما يكون للقاصر من مال أو يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التي يقع بها أثرها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أبليوثة هذا المال إلى الصغير ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر » .

(٢) مع استثناء الاستمرار في مباشرة تجارة آلت للقاصر . فليس لولي أن يستمر في مباشرة هذه التجارة ، إلا به إذن المحكمة ، وفي حدودها هذا الإذن ( المادة ١١ ولاية ) .



أموال القاصر : بشرط ألا يكون من شأنها أن تستمر مدتها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة ؛ فإن تجاوزت مدة الإيجار هذا المدى ، ما حق للولي إجراؤه ، إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٠ ولاية المال ) .

أما أعمال التصرف بعوض : فتختلف سلطة الولي في إجرائها باختلاف ما إذا كان أباً للصغير أم جداً . فليس للجد أن يتصرف في مال الصغير إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٥ ولاية ) . فلا يحق للجد ، بغير إذن المحكمة ، أن يبيع مال الصغير أو أن يرهنه أو أن يتصالح عليه . أما الأب ، فالأصل أن له أن يتصرف بعوض في مال صغيره ، دون حاجة إلى إذن المحكمة . فالأصل أن للأب أن يبيع مال الصغير وأن يرهنه وأن يجري عليه غير ذلك من التصرفات بعوض . ولكن ترد على هذا الأصل القيود الآتية :

١ - « لا يجوز للولي ( حتى لو كان أباً ) أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لغيره ( المادة ٦ ولاية المال ) » . ويلاحظ أن المنع هنا مقصور على عقارات القاصر ؛ فهو لا يشمل منقولاته .

٢ - « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة »<sup>(١)</sup> - ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ( المادة ٧ ولاية المال ) » .

٣ - « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها ( المادة ٧ ولاية المال ) » .

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٥٠٨/٤٢ق ، مجموعة النقض من ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « لما كانت نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ؛ ويتعين عليه حتى يتصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته . أما إذا جاوز الولي هذه الحدود ( باع الأب عقاراً لأولاده القصر تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه اشترى لهم من مال أهم ) ، فإنه يفقد صفة النيابة ، ولا ينتج العمل أثره بالنسبة إلى القاصر ، ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المقتضى التي عادت عليه بسببه » .



٤- لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (المادة ٩ ولاية المال) .

ولا تسرى القيود السابقة على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه . صريحاً كان التبرع أو مستتراً (المادة ١٣ ولاية المال) . فبالسبب إلى هذا المال . تثبت للأب سلطة كاملة . فله أن يتصرف فيه بكل أوجه التصرف . وله أن يؤجره لأية مدة يشاء . وذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة . بل إن الأب لا يلزم حتى بتقديم الحساب عن هذا المال للمحكمة .

#### ١٣١- الوصى :

إذا لم يكن للقاصر ولى ، ثبتت الولاية على ماله للوصى . والوصى هو كل شخص يمنح الولاية على مال الصغير . غير أبيه وجده لأبيه . وهو نوعان :

#### ١- وصى مختار . ٢- وصى معين .

والوصى المختار هو الوصى الذى يقيمه الأب لولده . كما يمكن لمن يريد التبرع بماله للصغير : أن يختار له وصياً يقوم على رعاية هذا المال لصالح الصغير : إذا لم يرد المتبرع دخول هذا المال تحت ولاية الولى أو الوصى العام <sup>(١)</sup> . ويجوز لمن أقام الوصى المختار . مادام حياً ، أن يعدل عن اختياره بطريق الوصية . ويعرض اختيار الوصى على المحكمة لتثبته <sup>(٢)</sup> . وهى تقضى بذلك ، إذا كان الوصى المختار عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة ( المادة ٢٧ / ١ ولاية المال ) .

أما الوصى المعين . فهو الذى تعينه المحكمة للقاصر . إذا لم يكن له ولى ولا

---

(١) ويشترط أن يثبت اختيار الوصى بورقة رسمية ، أى بورقة محررة فى مكتب التوثيق بمصلحة الشهر العاوى ، أو بورقة عرفية مصدق فيها عل توقيع الأب أو المتبرع فى مكتب التوثيق كذلك ، أو بورقة عرفية عادية ، بشرط أن تكون مكتوبة بخط الأب أو المتبرع وموقعة عليها بإضافته ( انظر المادة ٢٨ ولاية المال ) .

(٢) راجع فى كل ما سبق المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال .



وصى مختار . ويجب أن تتوافر في الوصى الذى تعينه المحكمة شروط خاصة تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال ، وهذه الشروط هى الآتية :

١ - يجب أن يكون الوصى عدلاً وكفوفاً للقيام بمهام الوصاية .  
٢ - يجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة . فلا يصلح للوصاية من كان قاصراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً . فتل هذا الشخص محتاج هو نفسه للرعاية ، فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره .

٣ - لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المحظرة بالآداب أو الماسة بالشرف أو التزاهة . ومع ذلك ، إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات ، جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٤ - لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر ، لو أنه كان فى ولايته .

٥ - لا يجوز أن يعين وصياً من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش .

٦ - لا يصح أن يعين وصياً المحكوم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره .

٧ - لا يصح أن يعين وصياً من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٨ - ولا يعين وصياً من قرر أب القاصر قبل وفاته حرمانه من التعيين<sup>(١)</sup> ، متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك .

٩ - ولا يجوز أن يعين وصياً من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة ، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

---

(١) ويجب أن يأتى الحرمان فى ورقة رسمية ، أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخط الأب وموقعة بإمضائه .



١٠ - يجب أن يكون الوصى من طائفة القاصر ؛ فإن لم يكن ، فمن أهل مذهبه ؛ فإن لم يكن ، فمن أهل دينه .

والأصل أن المحكمة لاتعين للقاصر إلا وصياً واحداً . ولكن يجوز لها عند الضرورة أن تعين أكثر من وصى . وفي هذه الحالة ، لايجوز لأحد من الأوصياء الانفراد بإجراء عمل ما ، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً معيناً لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق . وذلك مع استثناء الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة عن نفع للقاصر ، فيجوز لأى من الأوصياء المتعدين إجراؤها . وعند الخلاف بين الأوصياء ، يرفع الأمر للمحكمة لتأمر بما يتبع ( المادة ٣٠ ولاية المال ) .

والقاعدة أن سلطة الوصى تثبت بالنسبة إلى كل شئون القاصر المالية . ويستثنى من ذلك الأموال التى يتبرع بها شخص للقاصر ، مع اشتراط عدم خضوعها لسلطته ( المادة ٣ ولاية المال ) .

وإلى جانب الوصى العادى ، الذى يمكن أن نطلق عليه الوصى العام . على أساس أنه يتولى الإشراف ، كقاعدة عامة ، على كل شئون القاصر المالية . تقيم المحكمة للقاصر وصياً خاصاً ، يتولى عنه أمراً من الأمور تحدده المحكمة . ويكون ذلك فى حالات معينة بينها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال ، التى تقضى بأنه : تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

( أ ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

( ب ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجته أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يملكه الوصى .

( ج ) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى البند ( ب ) .

( د ) إذا آل للقاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .



( هـ ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

( و ) إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ويجوز للمحكمة أن تعين إلى جانب الوصي ، ولو كان مختاراً ، مشرفاً ( المادة ٨٠ ولاية المال ) . ويراقب المشرف الوصي في إدارته أموال القاصر . وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضيه المصلحة رفعه إليهما . وعلى الوصي إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . وعلى المشرف : إذا شغل مكان الوصي لأي سبب من الأسباب ، أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد . وإلى أن يباشر هذا عمله . يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر للقاصر ( المادة ٨١ ولاية المال ) . وللمحكمة في أي وقت أن تقرر انتهاء الإشراف ، إذا رأت زوال داعيه ( المادة ٨٣ ولاية المال ) .

#### ١٣٢ - سلطة الوصي :

سلطة الوصي على أموال القاصر أصيق نطاقاً من سلطة الولي ، سيما إذا كان أباً . وهاك الخطوط العريضة التي تحدد سلطة الوصي ، سواء أكان مختاراً أم معيناً .

أولاً - الأعمال النافعة للصبي نفعاً محضاً . كقبول هبة تصدر لصالحه : وهذه الأعمال تجوز للوصي بغير إذن من المحكمة . ويلاحظ أن التبرع للقاصر المقرون بشرط من شأنه أن يحمله التزاماً ما ، لا يعتبر عملاً نافعاً له نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يجوز للوصي قبوله أو رفضه إلا بإذن المحكمة .

ثانياً - الأعمال الضارة بالصبي ضرراً محضاً . كالتبرع بماله : وهذه الأعمال لا تجوز أصلاً للوصي ، ولا حتى بإذن المحكمة . ويستثنى من ذلك التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنساني أو عائلي ، فيسوغ للوصي إجراؤه ، ولكن بشرط أن تأذن له به المحكمة ( المادة ٣٨ ولاية المال ) .



ثالثاً - أعمال التصرف بعوض ، كبيع مال القاصر والتفايض عليه <sup>(١)</sup> وقسمته <sup>(٢)</sup> ورهنه والصلح والتحكيم بشأنه وحوالة حقوقه وديونه واستئجار أمواله وإقراضها : كل هذه الأعمال وغيرها مما يعتبر تصرفاً بعوض في أموال الصغير ، لا تصح للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة ( المادة ٣٩ ولاية المال ) . ويستثنى أعمال التصرف الممنوعة على الوصى بغير إذن المحكمة ، تلك التي تبيح نتيجة لإدارة المال . فللوصى بغير إذن المحكمة أن يجرى تلك الأعمال ، كأن يبيع غلة الأرض ، وأن يشتري ما يلزم لها من بنور ومهاد .

رابعاً - أعمال الإدارة . الأصل أن للوصى أن يقوم بالأعمال التي تستدعيها إدارة أموال القاصر . دون حاجة إلى إذن المحكمة . وله على الخصوص أن يؤجرها لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ( المادة ٥٥٩ ) ، بشرط ألا يكون التأجير حاصلًا لنفسه أو لزوج أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، ففي هذه الحالة الأخيرة . لا يسوغ للوصى أن يؤجر مال الصغير إلا بإذن المحكمة . وحتى في الحالة التي لا يحصل فيها التأجير للأشخاص السابقين ، تحد سلطة الوصى في تأجير مال الصغير إذا كان من الأراضي الزراعية أو المبانى . فلا يسوغ للوصى بغير إذن المحكمة ، أن يؤجر الأراضي الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، وبشرط ألا تمتد الإجارة إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد إلى أكثر من سنة <sup>(٣)</sup> . أما المبانى : فلا يجوز للوصى بغير إذن المحكمة أن يؤجرها ابتداء لمدة تزيد على سنة . وإذا أجر الوصى بغير إذن المحكمة مال الصغير لمدة تتجاوز الحد القانوني . أنقصت مدة الإيجار إلى هذا الحد .

---

(١) انظر : نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ .

(٢) انظر : نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ طعن ٣٢/٣٠٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١١٠٦ - نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ ، طعن ٢٩/١٩٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ .

(٣) وهذا هو حكم كل عقارات القاصر ، فيها هذا المبانى .



### ١٣٣ — تجاوز الولى أو الوصى حدود سلطته :

بيننا فيما سبق سلطة كل من الولى الشرعى ( أياً كان أم جنداً ) والوصى حيناً ياشران الولاية على أموال القاصر . وقد يحدث أن يتجاوز هذا أو ذلك حدود سلطته ، فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

ان هذا الحكم ليس بعسير . فالولى أو الوصى لا يعدون أن يكون نائباً قانونياً عن القاصر ، فيأخذ بتجاوز السلطة منه حكم تجاوز النائب سلطته إزاء أصيله ، ومؤداه عدم نفاذ التصرف الذى يجريه خارج حدود سلطته ، فى حق القاصر مالم يقره بعد بلوغه رشده <sup>(١)</sup> . وقد سارت محكمتنا العليا مؤخراً على هذا النظر فى حكيمين إثنين لها <sup>(٢)</sup> ، وإن كانت قد خالفته فى حكيمين آخرين ، مفررة أن من شأن تجاوز الوصى حدود سلطته أن يقع تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر <sup>(٣)</sup> . وهذا التكييف الأخير بعيد عن الصواب ، ومن حسن الحظ أن يكون القضاء به سابقاً على القضاء بالنظر الآخر ، الأمر الذى يحملنا على الاعتقاد بأن محكمتنا العليا قد عدلت عنه .

والحق إنه ينبغى التحرز من الوقوع فى الخلط الشائع بين التصرف غير

(١) راجع ما سبق ، نية ١١٢ .

(٢) أنظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ ملن ٤٢/٥٠٨ فى مجموعة بالنقض من ٢٨ من ٣١٠ رقم ٦٤ ( وقد قضى هذا الحكم بعدم نفاذ بيع أجراه الأب نيابة عن أولاده القصر لعقار تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه آل إليهم من أهم بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال ) — نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ ، ملن ٣٢/٣٠٤ فى مجموعة بالنقض من ١٧ من ١١٠٦ ( وقد قضى هذا الحكم بعدم الاحتجاج على القصر بقسمة رضائية أجراها وصهم نيابة عنهم بغير الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية ، ولو كان الوصى قد تمهد بالحصول على هذا الإذن ثم قصر فى ذلك ) .

(٣) أنظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ ملن ٣٠/١٠٧ ، مجموعة بالنقض من ١٦ من ٧٣ رقم ١٢ ( وقد قضى هذا الحكم بأن إیرام الوصية عقد مقايضة نيابة عن القاصر بدون الحصول على إذن المحكمة يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر يصح بإجازته بعد بلوغه من الرشد ) — نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ ملن ٢٩/١٩٠ فى مجموعة بالنقض من ١٥ من ١٣١ رقم ٢٤ ( وقد قضى هذا الحكم بأن قيام الوصى بالتصرف خارج سلطاته بأن أجرى قسمة مال القاصر بغير إذن المحكمة يستتبع البطلان النسبى لمصلحة القاصر الذى يكون له ، عند بلوغه من الرشد ، التنازل عن التمسك بالبطلان وإجازة القسمة ) .



النافذ في حق شخص معين وبين ذلك الذي يقع قابلاً للإبطال لمصلحته .  
فالأول لا يسرى في مواجهة الشخص مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . فهو  
يبقى غير معمول به في حقه مالم يقره ، إذا قدر له أن يفعل . أما التصرف  
القابل للإبطال ، فهو ينفذ فور إبرامه . حتى في حق من تقرر الإنطال لمصلحته ،  
ويبقى كذلك إلى أن يقضى بإبطاله إذا قدر له أن يأخذ هذا المصير . ثم إن التصرف  
القابل للإبطال يتطهر من عيبه ويصير بذلك عقداً تام الصحة بفوات ثلاث  
سنوات ( المادة ١٤٠ ) . تبدأ في حالة القصر من بلوغ الرشد . أما التصرف  
غير النافذ فيبقى عديم الأثر مهما طال الوقت ، مادام إقراره لم يقع .

#### ١٣٤ - عوارض الأهلية :

إذا بلغ الإنسان سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ،  
متمتعاً بقواه العقلية . ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغها باستمرار الولاية  
أو الوصاية عليه ، اعتبر أنه استكمل الإدراك والتمييز . وأضنى القانون عليه  
بالتالى أهلية الأداء كاملة . ويستمر الإنسان متمتعاً بتلك الأهلية ما بقى حياً ،  
مالم يتركه عارض من عوارض الأهلية .

وعوارض الأهلية هي أمور تترك البالغ الرشيد ، ويكون من شأنها  
أن تعدم أهليته أو تنقصها . وهي متعددة متنوعة . وتنقسم ، بنسب طبيعتها .  
إلى ما يأتى :

١ - عوارض تصيب من الإنسان عقله ، فتعدم إدراكه وتمييزه ؛ وهذه  
هي الجنون والعمه .

٢ - عوارض تلحق من الإنسان تدبيره ، فتفسده ؛ وهذه هي السفه  
والغفلة .

٣ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ، ولكن وجوده يصعب  
على الإنسان التعبير عما يريد ؛ ويتضمن هذا العارض العاهات الجسمية .

٤ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ولا يصعب التعبير عن الإرادة ،  
ولكنه يؤثر في أهلية الشخص كعقوبة جنائية تبعية ؛ وهذا هو عقوبة  
الجنائية .



و تتكلم في هذه العوارض على التوالي :

١٣٤ - (أ) العوارض التي تصيب العقل أو الجنون والعتة :

الجنون خلل يلحق العقل ، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز . أما العتة ، فقد اختلف في تعريفه . فقال البعض إنه نوع من الجنون . يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف ، لأنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون . فهو جنون هادئ<sup>(١)</sup> . وقال البعض الآخر إن العتة يتميز عن الجنون بأنه لا يعدم بالضرورة الإدراك لدى صاحبه . فقد يصل من القوة إلى حد إعدام هذا الإدراك ، وهنا يأخذ حكم الجنون . وقد يصل من القوة إلى حد إنقاص الإدراك لدى صاحبه فحسب . وهنا لا يكون المعتوه معلوم الإرادة كالمجنون بل ناقصها ، ويأخذ حكم الصبي المميز<sup>(٢)</sup> .

والخلاف السابق في تحديد المقصود بالعتة لا يعدو أن يكون مجرد صدى لذاك الذي قام بين فقهاء المسلمين في شأنه . فقد رأى البعض منهم إن العتة يعدم عند صاحبه الإدراك ، شأنه في ذلك شأن الجنون ، الأمر الذي جعلهم يعطون تصرفات المعتوه حكم تصرفات المجنون والصبي غير المميز . ورأى البعض الآخر من فقهاء المسلمين إن العتة لا يعدم عند صاحبه الإدراك . وإنما ينقصه فحسب . الأمر الذي جعلهم يعطون تصرفاته حكماً يفاير ذاك الذي يلحق تصرفات المجنون ، ليماثل مع حكم تصرفات الصبي المميز<sup>(٣)</sup> .

والفرقة في العتة بين نوعين : أحدهما يعدم عند صاحبه الإدراك ويجعله في حكم المجنون ، وثانيهما يقتصر على أن ينقص لدى صاحبه الإدراك ويجعله في حكم الصبي المميز ، هذه الفرقة ، وإن أقرها الفقه الإسلامي في بعض

(١) انظر في هذا المعنى : عبد المنعم الصلح ، نظرية الحق تامة ٩٩ .

(٢) انظر في هذا المعنى : أستاذنا عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون الجليليه مصادر الالتزام ، نبة ١٥٧ - سليمان مرتضى ، المدخل للعلوم القانونية نبة ٢٤٦ .

(٣) وقد أخذت المجلة - وهي كما نعلم تقنين لبعض قواعد الفقه الإسلامي على المنهج الحقن - بهذا الرأي .



مذاهبه <sup>(١)</sup> كما بينا ، إلا أن قانوننا المدني لا يأخذ بها ، أو على الأقل ، هو لا يأخذ بها بعد تسجيل قرار الحجر . فالمادة ١/٤٥ مدني تجعل المعتوه فاقد التمييز ، كالمجنون تماماً . والمادة ١٤ مدني تنص على أن تصرفات المعتوه . بعد تسجيل قرار الحجر . تقع باطلة ، شأنها في ذلك شأن تصرفات المجنون تماماً . وعلى هذا ، فالعته يأخذ قانوناً بحكم المجنون .

وقد أحسن مشرعنا صنعا بعدم التفرقة بين المجنون والمعتوه في صدد حكم تصرفاتهما . فالتفرقة بين المجنون والعته تتمثل في خيط رفيع قد يدق بيانه . يخلص من هذا أن كلا من المجنون والعته <sup>(٢)</sup> عاها تلتحق عقل الإنسان ، فتعدم فيه الإدراك والتمييز . وتعدم فيه بالتالي أهلية الأداء . التي مناطها الإدراك والتمييز . كما قدنا <sup>(٣)</sup> .

فكل من المجنون والمعتوه فاقد التمييز ومعلوم أهلية الأداء ( المادة ٤٥ مدني ) . وهو يأخذ بحكم الصبي غير المميز . فكل تصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض .

على أن المجنون أو المعتوه ، لا يعتبر كذلك في حكم القانون . وبعبارة أخرى ، لا تعدم أهلية الأداء عنده ، إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل هذا القرار <sup>(٤)</sup> . وفي ذلك يختلف قانوننا المصري مع الراجح في الفقه الإسلامي ، والذي يقول به الحنفية ، حيث يبشر بأن كلا من المجنون

---

(١) انظر في هذا المني : استاذنا الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الفقه الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد عرفت محكمة النقض العته بقولها : « العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتثقل من كاله » . وهذا التعريف ، وإن أسكن له أن يتشبه مع الفقه الإسلامي في بعض مذاهبه ، إلا أنه يبدو غير دقيق تحت ظل قانوننا المصري : إذ أن هذا القانون لا ينظر إلى المعتوه على أنه ناقص العقل غير كامله ، وإنما ينظر إليه على اعتبار أنه مدوم العقل ، شأنه في ذلك شأن المجنون .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٢٦ .

(٤) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٧ ، طعن ٤٥/٣٣ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢٩٣ رقم ٣٢٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن توقيع الحجر ورفضه لا يكون إلا بمقتضى حكم ، وأنه لا اعتداد بقيام موجب الحجر أو زواله إذا لم يصدر به حكم .



والمعتوه ، وبخلاف السفه وذى القلة ، محجور عليه لذاته ، أى بمجرد كونه مجنوناً أو معتوهاً <sup>(١)</sup> ، ودون اعتبار لما إذا كان قد قضى بالحجر عليه أم لم يقض ، وسواء أكان قد نصب عليه قيم أن لم ينصب . ووفقاً لهذا النظر الإسلامى ، تقع تصرفات المجنون أو المعتوه مشوبة بالبطلان بمجرد صلورها منه حالة كونه مجنوناً أو معتوهاً ، وهى لا تكون كذلك إلا إذا صدرت منه فى فترة جنونه أو عته ، دون تلك التى تصدر منه فى فترة من فترات إفاقة ، وذلك فى الأحوال التى يكون المجنون أو العته متقطعاً غير مطبق . أما فى ظل القانون المصرى ، فإدام المجنون أو المعتوه ليس محجوراً عليه لذاته ، وإنما فقط بقرار الحجر وتسجيله ، فإنه لا يعتبر معلوم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله ، وهو يبقى كذلك طالمابقى قرار الحجر المسجل قائماً ولم يصدر قرار آخر برفع الحجر . وسواء فى ذلك بالنسبة إلى التصرفات التى تصدر فى فترة من فترات الجنون أو العته : أو فى فترة من فترات الإفاقة <sup>(٢)</sup> . وهكذا يتمثل الحجر ، بعد تسجيل القرار الصادر به ، فى ظل قانوننا المصرى ، قرينة قانونية قاطعة على انعدام الإدراك وبالتالي على انعدام الأهلية . وذلك طوال بقاء الحجر قائماً <sup>(٣)</sup> . فلا يسوغ عندئذ الادعاء بأن التصرف قد صدر من المجنون أو المعتوه فى فترة كان فيها واعياً ومدركاً لما يقول ويفعل : بغية الوصول إلى تقرير صحة تصرفه .

وتحديد ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً من عدمه أمر متروك لتقدير القاضى ، ويوضع زمامه بين يديه ، ويفصل فيه على هدى من شواهد الحال

(١) انظر المادة ٩٥ من المجلة .

(٢) وقد سائر القانون المصرى فى ذلك كلا من القانون السورى ( المادة ١١٤ ) والقانون الليبى ( المادة ١١٣ ) . وأخذ القانون العراقى بحكم يتخالف مع ما يقضى به القانون المصرى ، مقررأ أن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما أى بقوة القانون وبغير حاجة لحكم القاضى ( المادة ٩٤ ) ، متجاوزاً فى ذلك مع ما هو سائد فى الفقه الإسلامى وقضت به المجلة ( المادة ٩٥٧ ) . وقد سار القانون الأردنى على النهج نفسه ( المادة ١/١٢٨ ) . وجاء القانون اللبنى الكويتى بدوره متجاوزاً مع الفقه الإسلامى ، قاضياً بأن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ، شأنهما فى ذلك شأن الصغير ( المادة ١/٨٥ ) .

(٣) انظر : نقض ١٩ يناير ١٩٧١ ، مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .



وخبرة المتخصصين في الآفات العقلية ، دون أن يتقيد في ذلك بدليل أو بأخر من أدلة الإثبات . والأمر من بعد يمثل مسألة موضوعية ، أى أنه يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه من محكمة النقض ، مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(١)</sup> .

وليس ضرورياً لإثبات الجنون أو العته قضاء ، بغية توقيع الحجر على صاحبه بسببه ، أن يكون قد صدرت من الشخص بالفعل تصرفات تم عن حالته . فجرد قيام الجنون أو العته مسوغ كاف لتوقيع الحجر . فتوقيع الحجر ليس عقوبة أو جزاء عن تصرفات تصدر من الشخص ، وإنما هو مجرد إجراء يستهدف به حمايته <sup>(٢)</sup> .

وإذا وصلنا إلى أن كلا من الجنون والمعتوه لا يعتبر ، في ظل قانوننا المصري ، منعلم الأهلية إلا بصلور قرار الحجر وتسجيله <sup>(٣)</sup> ، فإن ذلك

---

(١) انظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض من ٢٨ إلى ١٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن لهجة الموضوع ، في سبيل توقيع الحجر لفته ، مطلق الحرية في تقدير قيام حالة العت باعتبارها تتعلق بفهم الواقع في البصوى ، فلا تخضع في قضائها هذا لرقابة محكمة النقض . متى كان استخلاصها سائغاً . وانظر في نفس المعنى : نقض أول يناير ١٩٧٤ ملن ٥٣ و ٥٧ / ٣٨ مجموعة النقض من ٢٥ إلى ٩٢ رقم ١٨ . وانظر كذلك نقض ١٩/١/١٩٧١ ، ملن ٢٧٠/٣٦ مجموعة النقض من ٢٢ إلى ٧١ رقم ١٤ .

(٢) أنظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ . السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم في خصوص الحجر لته ما يأتي : « الحجر لته لا يقصد منه توقيع عقوبة على المحجور ، وإنما يريد المشرع به حماية المحجور في أمواله ، بأن يدركه ما قد تؤدي إليه حالته . ومن ثم فليس يلزم أن يعلق توقيع الحجر على حصول تصرفات تدل على فساد التدبير لدى الشخص ، طالما تحقق الحكم من موجب الحجر بقيام حالة العته » . ويلاحظ على صياغة هذا الحكم أنه جعل فساد التدبير هو المسوغ للحجر لته ، في حين أن المسوغ لته هو خلل في العقل ، وليس في مجرد فساد التدبير . الذي ينهض مسوغاً للحجر لفته أو الفقله فحسب .

(٣) ويأخذ حكم تسجيل قرار الحجر تسجيل طلب الحجر المقدم للمحكمة . فإعمالاً للمادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الصادر برقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (والذي لم يشملها الإلغاء بمقتضى قانون المرافعات الحالي الصادر في سنة ١٩٦٨ ) ، تعتبر تصرفات الجنون أو المعتوه باطلة إذا جاءت بعد تسجيل طلب الحجر ، وتقدر لهذا الطلب أن تستجيب له المحكمة فتصدر قرارها بتوقيع الحجر .



الحكم ليس مطلقاً . فهو لا يعلو أن يكون الأصل المأم . ويرد على هذا الأصل استثناءان هامين ، يعتبر كل من المجنون والمعتوه بمقتضاهما عديم الأهلية ، حتى قبل صدور قرار الحجر عليهما وتسجيله . وقد تضمنت المادة ١١٤ هذين الاستثناءين . فبعد أن قررت ، في فقرتها الأولى . وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر . جاءت في فقرتها الثانية تقول : « ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وهكذا فاستثناء من الأفضل العام . يعتبر المجنون أو المعتوه عديم الأهلية حتى قبل تسجيل قرار الحجر عليه في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى — شيوع حالة المجنون أو العته وقت التعاقد : إذا كانت حالة الشخص من المجنون أو العته شائعة عند إجرائه التصرف : اعتبر عديم الأهلية عندئذ ، وبطل من ثم تصرفه . حتى لو كان المتعاقد معه نفسه على غير بينة من حقيقة حالته . ويقصد بشيوع حالة المجنون أو العته عند الشخص أن تكون معروفة من سواد الناس ممن يتخالطونه أو يجاورونه أو يتعايشون معه .

الحالة الثانية — علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته : إذا كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حقيقة حالته ، اعتبر هذا أو ذاك عديم الأهلية : وبطل بالتالي تصرفه ، حتى لو كانت حالة المجنون أو العته غير شائعة بين الناس في مجموعهم .

خلاصة كل ماسبق أن المجنون أو المعتوه ، في ظل قانوننا المصري ، لا يعتبر عديم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر عليه وتسجيله ، وذلك ما لم تكن حالته شائعة ، عند إجراء التصرف ، أو كان المتعاقد معه على بينة من حالته وقت التعاقد . ويوقع الحجر بقرار من المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) ، كما يرفع أيضاً بقرار منها . ولا يعتبر الحجر واقعاً على الشخص ، كما أنه لا يرفع الحجر عنه بعد توقيعه عليه ، إلا بمقتضى قرار المحكمة ، وذلك حتى لو قام به قبل ذلك القرار مقتضى توقيع الحجر أو رفعه .



والقرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه ، بوصف أنه ينشئ  
للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة <sup>(١)</sup> . فهو يسرى حتى  
على من لم يكن طرفاً في الدعوى .

### ١٣٥ - حكم تصرفات المخنون أو المعتوه :

لتحديد حكم تصرفات المخنون أو المعتوه ، يلزمنا ، في ضوء ما تقدم .  
التفريق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر ، والمرحلة  
اللاحقة لتسجيل هذا القرار .

### ١٣٦ - حكم تصرفات المخنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

المخنون أو المعتوه ، كما سبق لنا أن بينا ، لا يعتبر - بحسب الأصل ، معلوم  
الأهلية إلا بعد تسجيل قرار الحجر ، مع ملاحظة أن القانون يجعل لتسجيل  
طلب الحجر أثر تسجيل القرار الصادر به <sup>(٢)</sup> ، بالنسبة إلى الحكم الذي يلحق  
التصرفات الصادرة من المخنون أو المعتوه . شأن تصرفاتهما في ذلك شأن  
تصرفات السفه وذى الغفلة ( المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات القديم  
الصادر في سنة ١٩٤٩ ) . وإذا كان الأمر كذلك - فإن الأصل أن تقع  
تصرفات المخنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ( أو قبل تسجيل  
طلب الحجر إن كان هذا الطلب قد سجل ) صحيحة لا باطلة ، ما لم تكن  
قد صدرت منه حالة كون جنونه أو عته شائعاً ، أو كان المتعاقد الآخر  
على بينة منه <sup>(٣)</sup> . وفي ذلك جاءت المادة ١١٤ / ٢ ملغى بقضى بأنه :

---

(١) نقض ١٩٧٤/١/١ ، ملن ٥٣ ، و ٣٨/٥٧ في مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢  
رقم ١٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن القرار الصادر بتوقيع الحجر له - بوصفه منشأ الحالة  
المدنية - له حجية مطلقة تسرى في حق الناس جميعاً .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/١١/٢ ملن ٣١/١٣ في مجموعة النقض س ١٦ ص ٦٥٣  
رقم ١٥١ . وقد جاء في هذا الحكم أن تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار  
الحجر نفسه .

(٣) ويمكن لطلان تصرف المخنون أو المعتوه أحد الأمرين : شيوخ الحالة أو علم المتعاقد  
الآخر بها . فلا يلزم اجتباة الأمرين معاً . كما أنه في خصوص علم المتعاقد الآخر بالمخنون أو  
السفه ، يكفي مجرد هذا العلم . فلا يلزم انبعاث أو الاستئثار ، بخلاف الحال في السفه والغفلة . =



٢- أما إذا صدر التصرف ( من المجنون أو المعتوه ) قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

ولكن هل يتعين الأخذ بتلك النتيجة بصفة مطلقة ، بمعنى أن تكون تصرفات المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، وفي غير الحالتين المنصوص عليهما في المادة ١١٤ / ٢ : صحيحة دائماً ، أى حتى ولو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامها ، أم أن تلك التصرفات تقع باطلاً ، على أساس آخر غير انعدام الأهلية ، هو انعدام الإرادة ؟

لم يثر هناك شك حول هذه المسألة في ظل القانون المدني القديم . وكان الرأي الجامع عليه حيثئذ هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنوناً أو معتوهاً ، وقع التصرف باطلاً على أساس انعدام الإرادة ، ولو كان لم يجبر عليه بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من حالته <sup>(١)</sup> .

ولكن المادة ١١٤ / ٢ من القانون المدني الحالي تثير الشك . فهي تقبل إن تصرف المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ، لا يكون باطلاً ، إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته . فهل يفهم من هذه المادة أن تصرف المجنون

---

- انظر في ذلك : نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ طعن ٣٢/٢٨٣ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٧

س ٢٠٢٤ - نقض ١٩٦٧/٦/١٥ طعن ٣٤/١٤٧ ق ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٢٩٨ .  
(١) وقد أقرت محكمة العليا هذا الرأي في أحكام عديدة لها . انظر من أحكامها الحديثة :

نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض ( مجموعة عمر ) ج ٥

س ٢٣٨ رقم ١٠٦ - نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١

رقم ٤٣ ص ١٣٩ ؛ وقد جاء في هذا الحكم أن العته يعلم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلاً من وقت ثبوته ، وأن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر ( بعد توقيعه )

على الماضي ، وإنما لثبوت حالة العته الملمم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه . وانظر

أيضاً نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ ؛ وقد

جاء في هذا الحكم أن البيع الصادر من شخص معتوه ، جبر عليه بعد إبرامه ، يقع باطلاً لانعدام إرادته عند إبرامه ، لا نتيجة لمحجب أثر قرار الحجر على التصرفات السابقة على وقوعه .



أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ، وفي غير الحالتين السابقتين ، يقع صحيحاً دائماً ، أى حتى لو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامه ؟

واضح أن حرفة المادة ١١٤ / ٢ تؤدي إلى الأخذ بهذا الحكم . ومن الممكن أن يقال في تبريره إن استقرار المعاملات ومراعاة حسن نية المتعاقدين مع المجنون أو المعتوه يقتضيانه . وقد قالت به فعلاً محكمة النقض <sup>(١)</sup> ، كما أن بعض الفقهاء يؤيدونه <sup>(٢)</sup> .

يبد أننا لا نستطيع الأخذ بهذا الرأي . لأن الإرادة أساس التصرف . ولا يمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصاً معيناً كان بالفعل مجنوناً أو معتوهاً حين إبرامه تصرفاً معيناً ، وقع هذا التصرف باطلاً بالضرورة ، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع ، ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن المجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة ، دون

(١) انظر نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية من ٣ رقم ١٨ من ٩٣ ( وقد سبق الإشارة إليه ) . وقد جاء في هذا الحكم ، الذي فصل في قضية ثار فيها نزاع حول بطلان عقد بيع أبرمه ، قبل صدور القانون الملقى الجديد ، امرأة معتوهة لم يكن قد حجر عليها بعد ، ما يأتي : « أما المادة ١١٤ من القانون الملقى الجديد فقد سنت حكماً جديداً لم يكن مقررأ في القانون الذي كان معمولاً به وقت حصول التصرف ، إذ أوجب لبطالن التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها . وهو ما لم يوجب القانون السابق » . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ٣٠/٤٦٠ - مجموعة النقض من ١٦ ص ١٠٣١ رقم ١٦٠ - نقض ١٩/١/١٩٧١ من ٢٧٠/٣٦ مجموعة أحكام النقض من ٢٢ ص ٧١ .

(٢) انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ١ . ويقول أستاذنا الكبير بدون تفريق عنه الكلام في أهلية المجنون ( نبذة ١٥٦ ) : « فالمجننون تصرفاته بعد تسجيل الحجر - باطلاً . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر » . في حين أنه يقول ، عنه الكلام عن الإرادة ( نبذة ٧٢ ) ، باعتبارها ركناً في العمل القانوني ، إن المجنون يعتبر ممدوم الإرادة دون تفرقة بين ما إذا كان قد حجر عليه أم لا . وانظر في نفس الاتجاه القائل بصحة التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر : حسن كبره ، أصول القانون نبذة ٣٠٩ - عبد المنعم البدرأوى ، النظرية العامة للالتزامات ج ١ - نبذة ١٢٤ - توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية نبذة ٣٩٦ .



توقف على أى أمر آخر . على أن البطلان هنا لا ينجى نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة انعدام الإرادة .

ولا يسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص المادة ١٤٤ / ٢ . فهذه المادة . كما يدل عليه مكانها <sup>(١)</sup> ، لا تعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده . وقد رأينا أن البطلان في حالتنا يؤسس على أمر آخر ، هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ٨٩ التى تستلزم الرضا ، كركن أساسى لقيام العقد .

وهكذا نصل إلى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل الحجر عليه تقع باطله ، ولو كان جنونه غير شائع ، ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من أمره . ومرد البطلان هنا إلى انعدام الإرادة لدى المجنون أو المعتوه . فهو لا يؤسس على انعدام الأهلية عنده <sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ أن الفارق كبير بين تأسيس البطلان على انعدام الأهلية لدى المجنون أو المعتوه ، وبين تأسيسه على انعدام الإرادة عنده . فإذا كان المجنون أو العته شائعا وقت التعاقد ، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حالته ، اعتبر الشخص معلوم الأهلية ، وأخذ حكم المحجور عليه . ويرتب على ذلك أن طالب البطلان لا يلزم بإثبات قيام حالة الجنون أو العته عند التعاقد ، فوجود هذه الحالة يفترض عندئذ . أما إذا كان المجنون أو العته غير شائع عند التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر على بينة من هذه الحالة ، اعتبر المجنون كامل الأهلية ، واستحال تقرير البطلان على أساس انعدام الأهلية . فإذا أريد تأسيس البطلان على انعدام الإرادة ، على اعتبار أن المجنون أو العته يذهب عن الشخص لإرادته ، تحم على طالبه أن يثبت قيام

---

(١) هذه المادة تجمى بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد المنعم الصلوة ، نظرية الحق ، ، نبة ١٠٤ - شفيق شعالة ، النظرية العامة للحق ص ٨٥ - أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ج ٢ مصادر الالتزام ، نبة ١٤٦ .



الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات <sup>(١)</sup> . بحيث إنه إذا عجز عن هذا الإثبات ، أو أثبت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مقيماً في ذات اللحظة التي أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحاً . ولدى المصلحة أن يثبت قيام المجنون أو العته بكل طرق الإثبات ، بما فيها شهادة الشهود . والتقدير النهائي لقاضي الموضوع <sup>(٢)</sup> .

١٣٧ - حكم تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :  
المجنون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا يحجر عليه من المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . وتعين له هذه المحكمة فيما يشرف على شئونه المالية . ويجب تسجيل طلب توقيع الحجر : ثم قرار الحجر بعد صلوره .

وإذا صدر قرار الحجر ومحل . أصبح المجنون أو المعتوه معلوم أهلية الأداء <sup>(٣)</sup> . ويستمر هكذا إلى أن تصدر المحكمة قراراً برفع الحجر عنه . ويرتب على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بعد الحجر عليه ، أن جميع تصرفاته التي يبرمها بعدئذ تقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، أي معدومة <sup>(٤)</sup> :  
لا تفرقة في ذلك بين نوع وآخر من هذه التصرفات . فكل تصرفاته تقع باطلة ، ولو كان من شأنها أن تعود عليه بالنفع المخصص : كقبول ائبة . ولا تفرقة

---

(١) على أن مجرد إثبات قيام المجنون أو العته عند التصاقد يكفي ، فلا يلزم إثبات توافر التحايل على القانون أو التواطؤ على تفويت حكمه ، كما هي الحال بالنسبة إلى السفه إذا أريد إبطال التصرفات السابقة للحجر عليه . انظر في هذا المعنى نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ١٣ ص ١٤٩ .

(٢) انظر نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ مجموعة الفواقد القانونية ( مجموعة عمر ) ج ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٨ - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ .

(٣) بل إنه إذا كان طلب توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر المجنون أو المعتوه معلوم الأهلية ابتداء من تسجيل ذلك الطلب .

(٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسي لا يوقع تصرف المجنون باطلاً ، وإنما قابلاً للإبطال فحسب ، وذلك برغم التسليم بانعدام الإرادة عنده ، وذلك لمجرد التمسك مع اعتبارات المصلحة ، وحتى يمتنع على المتعاقب مع المجنون التخلص مع البعد ، إذ تصادف وكانت للسجن فيه فائقة ( انظر المادة ٤٨٩ فرنسي ) . وذلك مثال قد لاغتهاء فن صناعة القانون أمام مصلحة الناس .



أيضاً بين ما إذا كان المخبون أو المعتوه قد أجرى التصرف في حالة جنونه أو عتبه ، وبين ما إذا كان قد أجراه في فترة من فترات إفاقةه ، إن كان جنونه أو عتبه متقطعاً غير مطبق ، وتتخلله فترات إفاقة .

### ١٣٨ - (ب) العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره أو سفهه والغفلة :-

السفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع <sup>(١)</sup> ، حتى لو كان ذلك في وجه من وجوه الخير <sup>(٢)</sup> ، أو هو ، كما عرفت محكمة النقض في الحديث من أحكامها <sup>(٣)</sup> . من يبذر المال ويتلفه فيما لا يبعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، أو هو ، كما عرفت المادة ٩٤٦ من المجلة . « الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف ... » .

فالسفه ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس يحمل صاحبه على تبذير ماله وإتلافه <sup>(٤)</sup> فيما يتجاوز المشروع والمعقول في نظر الحكماء من الناس ، أو هو خفة في الإنسان <sup>(٥)</sup> تحمله على ماسبق . ويلاحظ أن مجرد إنفاق المال لا يعتبر في ذاته سفهاً ، وإن كبر ، وإنما يجب أن يعود في الأساس على الظروف التي حملت الشخص على هذا الإنفاق والغرض الذي تغياه به . فليس يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص ، مثلاً ، بالكثير الأغلب من ماله ، بل وبكل ماله ، لزوجه وأولاده الصغار ، مدفوعاً في ذلك

---

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٥ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٦١٩ رقم ٦٩ - نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشافعية يخالفون السائد في الفقه الإسلامي ، فلا يعتبرون الشخص سفياً إذا كان تجاوز الإنفاق عن المألوف قد وقع منه في وجه من وجوه الخير .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ ، طعن ٤٠/٣١ ق ( أحوال شخصية ) مجموعة النقض س ٢٥ ص ٥٩٢ رقم ٩٥ - نقض ١٩٦٦/٢/٢ طعن ٣٣/٣١ ق ( أحوال شخصية ) ، مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٣٧ رقم ٢١ - نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ ، مجموعة النقض س ٢٣ ص ١٢١٦ .

(٤) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ السابقة الإشارة إليه .

(٥) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ السابقة الإشارة إليه .



بالتوادر والتعاطف والراح والرجبة في تأمين المستقبل وضمانه <sup>(١)</sup> ، كما أنه لا يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص بالأغلب من أمواله لآخر ، مدفوعاً بالوفاء لصنيعة والاعتراف بمجمله . لاسيما إذا لم يكن للمتبرع أولاد يرثونه من بعده وفاته <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان السفه يتمثل ، كما أسلفنا ، في تبذير المال وإتلافه ، فهو لا يمس من الإنسان عقله ، وإنما يمس تدبيره أمره . فالسفيه كامل العقل . ولكنه سيء التدبير فاسده .

وتحديد ما إذا كان الشخص سفيهاً من عدمه أمر متروك في النهاية للقضاء . وكل ما يتوجب على القاضي هنا هو أن يعتد بالمقومات التي يجب توافرها في السفه والتي بينهاها . وتسير محكمة النقض على إخضاع تقدير قاضي الموضوع لقيام السفه من عدمه لرقابتها <sup>(٣)</sup> ، بخلاف ما تسير عليه في شأن الجنون

---

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن « السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . ولما كان تصرف الطاعن في كل ما يملك لزوجه ولأولاده الصغار ، سواء أكان هذا التصرف بموضى أو بغير موضى لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجه والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة ، بل أن فيه حفظ المال لمن رأى الطاعن أنه أحق أهله به . إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يقول إليهم ، كما أن مثل هذا التصرف لا ينافي العقل ... » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بانتفاء السفه عن امرأة عجوز صباه بكاه ، حالة كونها أرملة لم تنجب ، برغم أنها تبرعت بالجزء الأغلب من أموالها لواحد من أبناء شقيقتها إضراراً بباقي إخوته ، مدفوعة في ذلك بالوفاء له ، لكونه قد تولى رعايتها بين أهله بعد ترحلها . وقد بنى الحكم قضاءه على قوله إن أفعال المرأة تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراح والتضامن الاجتماعي وبما يحض عليه التشريع الإسلامي ، وبالتالي فهي لا تنطوي على خفة من جانبها ، وليس فيها ما يفيى عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع .

(٣) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ونقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليهما . وقد قضى كل من هذين الحكمين بتفرض الحكم المطعون فيه والقاضي بالحجر لسفه ، تأسيساً على عدم توافر مقتضاء في وقائع الدعوى .



والعته<sup>(١)</sup> . ولعل السبب في التفرقة هنا بين الجنون والعته من ناحية ، والسفه من ناحية أخرى ؛ لعل هذا السبب يكن في أن الجنون والعته يقومان على خلل في العقل ، ويتمثلان بالتألي أمرأ من أمور الواقع ؛ في حين أن السفه يقوم على مخالفة التصرفات التي يجريها صاحبه للعقل والشرع في نظر الحكماء من الناس ، فتجديده هذه المثابة أقرب إلى أن يكون مسألة قانون ، لأنه أقرب إلى أن يكون مسألة تكيف .

أما ذو الغفلة ؛ فهو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة ، بحيث يجره طبيته وبلامته إلى أن يغبى في المعاملات ؛ أو الغفلة ؛ كما عرفتها محكمة النقض . « هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبى في معاملاته مع الغير »<sup>(٢)</sup> . فذو الغفلة كامل العقل . فالعلة ليست في عقله ، وإنما في سذاجته وفرط الطيبة في قلبه ، الأمر الذي يجره إلى عدم تمكنه من حسن تدبيره أمره ، مما يؤدي به إلى أن يغبى غيره في معاملاته معهم . والغفلة تشترك مع السفه في أن كلا منهما يقوم على ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس على نحو يبعد بين الشخص وبين حسن التدبير<sup>(٣)</sup> ، ولكنها تختلفان في أن السفه يؤدي بصاحبه إلى تبذير ماله والإصراف في إنفاقه ، في حين أن الغفلة تؤدي بصاحبها إلى عدم سلامة التقدير فيغبى في معاملاته<sup>(٤)</sup> .

(١) راجع ما سبق ، بقية ١٣٤ .

(٢) انظر : نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٦٠٩ رقم ٦٩ .

(٣) انظر : نقض ١٥ مايو ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

وقد جاء في هذا الحكم : « السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس . إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تمرى الإنسان فتجعله غل تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة ، فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير ... » .

(٤) انظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٦ ص ٢٨٦ رقم ٤٩ . وقد

جاء في هذا الحكم : « لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة . فقال بعضهم إنه الشخص الذي لا يمتثل إلى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيغبى في تصرفاته . ويرى آخرون أنها اعتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من المواضع التي تمرى الإنسان فلا تنحل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أضحت الإدارة وحسن -



والسفيه وذو الغفلة ينخفضان في الأساس لحكم واحد . وهما لا يعتبران معلومى الأهلية . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، ولكهما يعتبران ناقصيهما فحسب . وهما يأخذان حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضى المادة ٤٦ بأنه : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

يبد أن السفيه وذا الغفلة لا يعتبران ناقصي الأهلية . إلا بعد الحجر عليهما . فهما ليسا محجوراً عليهما لذاتهما ، وإنما يحجر عليهما بحكم القاضي <sup>(١)</sup> . فالمحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) توقع عليهما الحجر . كما توقعه على المجنون والمعتوه . والأصل أنهما لا يعتبران ناقصي الأهلية : إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله ، مع ملاحظة أن تسجيل طلب الحجر يأخذ حكم القرار الصادر به ، إذا قدر لهذا الطلب أن تستجيب المحكمة له .

وهكذا فلمعرفة مدى أهلية السفيه أو ذى الغفلة وحكم التصرفات التى يجريانها ، لابد أن نفرق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على الحجر ، والمرحلة اللاحقة له .

**١٣٩ - حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل الحجر عليهما : القاعدة**  
أن السفيه وذا الغفلة ، قبل الحجر عليهما . يعتبران كامل الأهلية . وعلى ذلك . فالأصل أن جميع تصرفاتهما تقع فى هذه المرحلة صحيحة . ولا يمكن

---

= التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يمتد إلى الرابع فيها أو بقبوله فاحش الفتن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الاندفاع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة في توقيع الحجر بسببها هي المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كصالح الدائنين .  
(هـ) وقد نظرت المجلة إلى الغفلة على اعتبار أنها نوع من السفه . فقد جاء في المادة ٩٤٦ منها : « والذين ينفلون في أغلهم وعطائهم ، ولم يعرفوا طريق تجارتهم ، بسبب بلاءهم وخلو قلوبهم يمدون أيضاً من السفاهة » .

(١) وفي هذا يتفق حكم قانوننا المصرى مع ما يقضى به الفقه الإسلامى ، الذى يقول بدورهم إن السفيه وذا الغفلة لا يحجر عليهما إلا بقضاء القاضي ، بخلاف المجنون والمعتوه اللذين يعتبران محجور عليهما لذاتهما في السائد عند فقهاء المسلمين .



إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة . فالسفيه وذو الغفلة يعتبران كامل العقل ، كما قدمنا .

على أنه إذا كانت القاعدة هي أن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر كامل الأهلية إلى أن يحجر عليه ، وأن تصرفاته تقع بالتالي صحيحة إلى هذا الوقت ، إلا أنه يرد على تلك القاعدة الاستثناءان الآتيان :

١ - التصرفات التي تنجىء نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة : ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة بحالته ، فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة ، وأن يفيد مما يتسم به غريمه من سوء تدبيره أمره ، لتبذيره وإسرافه ، أو لبلاسته وفرط الطيبة في قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لاتتعادل مع ما يقدمه هو أو يتحمل به من التزامات . فلا يكفي هنا ، للقول بحصول الاستغلال ، أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة عالماً بحالته ، وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لاتتعادل مع التزاماته <sup>(١)</sup> . وليس يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل في الالتزامات من علمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة وما يعطيه . فالأمر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما بنى قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

٢ - التصرفات التي تنجىء نتيجة التواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة وبين من يتعاقد معه : وصورة التواطؤ هنا أن يُتوقع الحجر . فيعمد السفيه

(١) انظر في هذا الاتجاه من أحكام النقض : نقض ١٩٦٢/٢/١٥ ، مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٢٦٨ - نقض ١٩٦٤/٢/١ طعن ٢٩/٢٠٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٧٠٦ رقم ١١٢ - نقض ١٩٦٨/١/١١٤ ، طعن ٣٤/٤٤٦ ق مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٤٥ رقم ٢٠٤ - نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٣٠/٤٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٥١٨ رقم ١٢٩ - نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ - نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٥/٣٩٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٢٠ رقم ١٤٧ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ السابقة الإشارة إليه .



أو ذى الغفلة ، بالتدبير والاتفاق مع الطرف الآخر ، إلى المبادرة إلى إجراء التصرف استباقاً للزم وتقويماً لأثر الحجر المرتقب <sup>(١)</sup> .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة التي تقضى بصحة التصرفات الصادرة من السفه أو ذى الغفلة قبل الحجر عليه . ومؤدى هذين الاستثناءين أن التصرفات التي تحيى نتيجة الاستغلال <sup>(٢)</sup> أو التواطؤ - وأحد هذين الأمرين يكفي فلا يلزم اجتماعهما معاً <sup>(٣)</sup> - لا تكون صحيحة ، وإنما القانون يعطيا نفس الحكم الذي كان ليثبت لها لو أنها حصلت بعد الحجر ، فنكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، على حسب ما إذا كانت ضارة بالسفيه أو ذى الغفلة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر <sup>(٤)</sup> . وقد تضمن القانون القاعدة التي تقضى بصحة تصرفات السفه و ذى الغفلة قبل الحجر عليهما والاستثناءين اللذين يردان عليهما في المادة ١١٥ / ٢ . وفي ذلك هي تقضى بأنه : « أما التصرف الصادر ( من السفه أو ذى الغفلة ) قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

**١٤٠ - حكم تصرفات السفه و ذى الغفلة بعد الحجر عليهما :** بعد الحجر على السفه أو ذى الغفلة وتسجيل قرار الحجر <sup>(٥)</sup> ، يصبح كل منهما

(١) انظر في تحديد المقصود بالتواطؤ مع السفه أو ذى الغفلة توكفاً لحجر الأحكام التي أشرنا إليها في خصوص استغلال حالة السفه أو الغفلة في هامش ١ ص ٣٨٣ .  
(٢) ويلاحظ أن الاستغلال عيب عام يلحق رضاه الشخص . وهو يكون في الحالة التي يستغل فيها شخص طيشاً بيتاً أو هوى جامعاً لدى شخص آخر ( المادة ١٢٩ ) : على أنه يجب التفريق بين الاستغلال المادى ، واستغلال حالة السفه أو الغفلة ، فالحكم في الحالتين ليس واحداً .  
فالتصرف الذي يحى نتيجة الاستغلال المادى ، يقع قابلاً للإبطال أو لإنقاص التزامات الشخص الذي استغل فيه الطيش أو الهوى ، على وفق ما يراه القاضي ( المادة ١٢٩ ) . أما التصرف الذي يحى نتيجة استغلال السفه أو الغفلة ، فيأخذ حكم تصرفات السفه أو ذى الغفلة بعد الحجر عليه ، وهذا ما يحمله باطلاً أو قابلاً على حسب الأحوال .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ .

(٤) انظر : نقض ١٩٥٧/٤/١١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ .

(٥) وإذا كان طلب توقيع الحجر قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر السفه أو ذى الغفلة ناقص الأهلية من وقت تسجيل الطلب ، وليس فقط من وقت تسجيل قرار توقيع الحجر .



ناقض الأهلية ، ويأخذ حكم الصبي المميز . وفي ذلك تنقضي المادة ١١٥ / ١ بأنه : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

وإذا أخذ السفه أو ذى الغفلة ، بعد تسجيل قرار الحجر عليه ، حكم الصبي المميز ، فإن مقتضى ذلك أن تثبت له أهلية الاعتناء كاملة . أما أهلية الافتقار أو أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فالأصل أنها معلومة لدى السفه وذى الغفلة ، كما هي معلومة عند الصبي المميز . فإن أجرى السفه أو ذى الغفلة أحد هذه التصرفات ، كأن وهب ماله لآخر أو أبرأ مدينه من دين له عليه ، وقع هذا التصرف باطلاً . على أنه يستثنى من الأعمال الضارة ضرراً محضاً ، الوصية والوقف ، فيصح للسفه أو لذى الغفلة إجراؤها ، بشرط إذن المحكمة في ذلك <sup>(١)</sup> . وقد تضمنت المادة ١١٦ / ١ هذا الاستثناء بقولها : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو لغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً ، متى أذنته المحكمة في ذلك » .

أما أهلية التصرف بعوض ، فلا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة ، بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً بعوض ، كأن باع أو اشترى ، وقع تصرفه قابلاً للإبطال .

تبقى بعد ذلك أهلية الإدارة ، وهي كأهلية التصرف بعوض ، لا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة ، بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً مما يدخل في أعمال الإدارة ، كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلاً للإبطال . على أنه يصح للمحكمة أن تأذن السفه في تسلل أمواله وإدارتها ، كلها أو بعضها . وفي هذه الحالة ، يصح له أن يجرى أعمال الإدارة في الحدود المرسومة للصبي البالغ

---

.. (١) . ويلاحظ هنا الفرق بين السفه أو ذى الغفلة وبين الصبي المميز ، فهنا الأخير لا يجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضرراً محضاً إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ، وأن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره . راجع ما سبق ، تبلة ١٢٧ .



الثامنة عشرة المأذون في الإدارة (راجع ١١٦ / ٢ ملئ والمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

ويستمر السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية في الحدود التي رسمناها ، إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه .

#### ١٤١ — الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة :

رأينا أنه إذا اعتري الإنسان جنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أوقعت المحكمة الحجر عليه . وأنه يترتب على قرار الحجر وتسجيله أن يصبح المجنون والمعتوه عديمي الأهلية ، والسفيه وذو الغفلة ناقصيها .

وإذا كان الأمر هكذا ، وجب أن ينصب على المحجور عليه شخص يشرف على شئونه الماليه ، ويتولى عنه إجراء التصرفات التي لا يستطيع هو إجراؤها بنفسه . وهذا الشخص هو القيم .

والقيم تعينه المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . بناء على طلب أى ذى شأن أو النيابة العامة .

وعلى المحكمة أن تعهد بالقوامة لابن المحجور عليه : إذا كان بالناً وتوافرت فيه شروط القوامة ؛ فإن لم يكن له ابن توافرت فيه شروط القوامة ، عهدت بها إلى أبيه ، ثم إلى جده ؛ فإذا لم يكن له ابن ولا أب ولا جد توافرت فيه شروط القوامة ، عهدت بها المحكمة إلى من تختاره هي (١) . وفي ذلك تقضى المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال بأنه : « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » .

---

(١) ونسبر محكمة النقض على أن الترتيب الذي يفرضه القانون في تعيين القيم ، والذي يبناه في المتن ، لا يملو أن يكون « قيداً على المحكمة في الاختيار وقت التصيين » . فإذا لم تراجع المحكمة وصار حكمها انتهاياً ، ما ساغ عزل القيم لهذا السبب وحده . إذ أن العزل لا يكون إلا إذا توافرت أسبابه المحددة في المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، وليس من بينها عدم مراعاة ترتيب القوامة . انظر : نقض ٨ يونيو ١٩٨٢ ملن ١٤ / ٥١ ق ، أحوال شخصية ، الملهام ص ٦٢ ج ٧ و ٨ ص ٢٩ رقم ٤٠ .



ويشترط في الشخص ، لكي يعين قياً ، أن تتوفر فيه الشروط اللازمة في الوصي <sup>(١)</sup> ، والتي تضمنها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال <sup>(٢)</sup> .

وللقيم أيأمن كان ، أى حتى ولو كان ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، نفس السلطة التي تثبت للوصي على أموال القاصر ، ويسأل مسؤوليته (المادة ٧٨ ولاية المال) .

ويجوز للمحكمة أن تعين مع القيم مشرفاً يراقبه في إدارة شئون المحجور عليه . وللمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصي ( المادة ٨٠ ولاية المال) .

١٤٢ - (ج) العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسدية :

عرفنا أن الإنسان ، بعد بلوغه رشده ، قد تلحقه عوارض تصيب عقله أو تدبيره ، فيعتبره القانون معلوم الأهلية أو ناقصها ، الأمر الذي يترتب عليه عدم أهليته في إجراء التصرفات المالية ، كلها أو بعضها على حسب الأحوال . وهنا ينصب على الإنسان قيم يتولى ، نيابة عنه ، إجراء التصرفات التي لا يستطيع قانوناً أن يقوم بها بنفسه .

وقد تعرض الإنسان عاهات تلمحق جسمه ، فلا تمس عقله . ولا تصيب تدبيره ، ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التدبير ، ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً ، أو يخشى عليه بسببها من عدم

---

(١) انظر في الشروط اللازمة في الشخص لكي يعين وصياً ، ما سبق ذكره بهذا الصدد  
نبذة ١٣١ .

(٢) حل أنه إذا كان الشخص الذي يراد تعيينه قياً ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، ساغ للمحكمة ، إذا رأت في ذلك مصلحة ، أن تطرح جانباً الشرط القاضي بوجوب ألا يكون الشخص محكوماً عليه في جريمة من الجرائم المحقة بالألاداب أو الماسة بالشرف أو الزنا ، وكذلك الشرط القاضي بوجوب ألا يكون الشخص قد حكم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره ( انظر المادة ٦٩ ولاية المال) .



تبين ظروف التصرف الذى يجريه ، ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصدد مساعدته يماونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه ، ويكون بمثابة المترجم له وعنه .

ولكى تتوفر المساعدة القضائية للإنسان . يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان :

١ - يجب أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث ، وهى الصمم والبكم والعمى ، كأن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . وواضح أن اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث السابقة من شأنه ، فى أغلب الأحوال ، أن يعجز الشخص عن تفهم ظروف التصرف الذى يجريه ، وعن التعبير عن إرادته بشأنه .

وإذا كانت القاعدة هى أن المحكمة لا تعين المساعد القضائى للشخص إلا إذا اجتمعت فيه عاهتان على الأقل من العاهات الثلاث السابقة : إلا أنه يجوز لها مع ذلك أن تعين له المساعد القضائى ، ولو لم تكن به أية عاهة منها ، إذا رأت فيه عجزاً جسيماً شديداً يخشى بسببه عليه من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله ، أيّاً ما كانت طبيعة هذا العجز . وقد استحدث قانون الولاية على المال الصادر فى ٣٠ يولية سنة ١٩٥٢ العجز الجسمنى الشديد . كسبب لإخضاع صاحبه لنظام المساعدة القضائية ، بعد أن كان القانون الملقى وقانون المحاكم الحسبية من قبله ، يستلزمان لذلك توافر عاهتين من العاهات الثلاث التى بينهاها .

٢ - ولا يكتفى اجتماع العاهتين أو العجز الجسمنى الشديد لإخضاع الشخص لنظام المساعدة القضائية ، بل يلزم أن يكون من شأن هذا أو ذاك أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته . فإذا اجتمعت العاهات بشخص أو أثقله العجز الجسمنى الشديد ، ولكنه بقى مع ذلك قادراً على تفهم ظروف التصرف الذى يجريه والتعبير عما يريده بشأنه ، ما حق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية .



وقائضى الموضوع هو الذى يقلر ما إذا كان من شأن العاهات الجسائية أن يتعذر على صاحبها التعبير عن إرادته من علمه ، وذلك دون معقب عليه من محكمة التقص .

وقد تضمنت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال شروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ (وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة) - ويجوز لما ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسائى شديد » (١) .

ويلاحظ أن ولاية المساعد القضائى تختلف فى مداها عن ولاية الولى أو الوصى أو القيم . فالقاعدة ، بالنسبة إلى هؤلاء الثلاثة الآخرين . أن ولايتهم تقع عامة بالنسبة إلى كل تصرفات ناقص الأهلية أو عديمها . أما المساعد القضائى ، فولايته مقصورة على التصرفات التى تقرر المحكمة لزوم معاونه لذى العاهتين فى إبرامها . فإذا صدر قرار المحكمة بمساعدة ذى العاهتين فى إجراء تصرف أو تصرفات معينة ، اقتضرت ولاية المساعد القضائى عليها ، وبقي ذو العاهتين كامل الأهلية بالنسبة إلى غيرها . وقد حددت

---

(١) أول القوانين التى عرضت فى مصر لنظام المساعدة القضائية هو قانون المحاكم الحسية الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٤٧ ، وذلك فى المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه (وقد ألغيت هذه المواد بقانون الولاية على المال) . ثم جاء القانون المدنى الجديد وتمرض لهذا النظام ، وقد نقى عن قانون المحاكم الحسية الحكم الذى ضمنه المادة ١١٧ بقررتها . وأنت الفقرة الأول من هذه المادة تعرض لشروط تعيين المساعد القضائى ؟ وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز لمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . ويلاحظ أن هذا النص يخالف بعض الشيء ما جاءت به المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، وهو يعتبر معدلاً فى الحدود التى يخالفها فيه . أما نص الفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى ، التى يبين حكم التصرفات التى يجزها من عين له المساعد القضائى ، فببب سليماً .



المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التصرفات التي يجوز للمحكمة إخضاعها لنظام المساعدة القضائية بتلك التي لا يجوز الوصي إجراؤها إلا بإذن المحكمة . وأهمها التصرف في المال ، متقولا كان أم عقاراً ، وإيجار العقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات .

وتختلف ولاية المساعد القضائي كذلك في طبيعتها عن ولاية كل من الولى والوصى والقيم . فكل من هؤلاء الثلاثة الأخيرين يعتبر نائباً عن ناقص الأهلية ، يباشر عنه تصرفاته في الحدود التي يرسمها القانون . دون حاجة إلى تدخل ما من ناقص الأهلية . فإرادة الولى أو الوصى أو القيم هي التي يعتد بها في إبرام تصرفات ناقص الأهلية . دون إرادة هذا الأخير . أما المساعد القضائي . فلا يعتبر ، بحسب الأصل ، نائباً عن ذى العاهتين في مباشرة التصرف . فهذا الأخير كامل الإدراك ، وإرادته هي التي يعتد بها في إبرام تصرفاته . فهو من ثم ليس في حاجة إلى شخص يرتضى التصرف مكانه ونياية عنه . كل ما هناك هو أنه في حاجة إلى من يساعده في إظهار إرادته وفي تفهم ظروف التعاقد الذي يجريه ، فيجىء دور المساعد القضائي : لكي يعاونه في إظهارها ، ويكون بمثابة المترجم له عنه <sup>(١)</sup> . ولذلك فالأصل أن المساعد القضائي . لا يتفرد بإجراء التصرف عن ذى العاهتين : ولكنه يشترك معه في إجراءاته فحسب ( المادة ٧١ / ١ ) .

وإذا اشترك المساعد القضائي مع ذى العاهتين في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم المساعدة فيها ، اختلف دور كل منهما . فذو العاهتين هو الذى يريد ، ولا يعتد إلا بإرادته . أما المساعد القضائي ، فلدوره مقصور على أن يساعد ذا العاهتين في تفهم ظروف التصرف وفي التعبير عن إرادته بشأنه . وإذا انفرد المساعد القضائي بإجراء التصرف ، ما سرى تصرفه في حق ذى العاهتين ، وذلك ما لم تكن المحكمة قد أمرت بهذا الانفراد . وفق ما تنقضى به المادة ٧١ من قانون الولاية على المال .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الحسبية ، فيما جاء فيها تعليقاً على حكم المادتين



واشتراك المساعد القضائي في إجراء التصرف الخاضع للمساعدة لازم لصحته . وإذا امتنع عن الاشتراك في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم فيها المساعدة ، جاز رفع الأمر للمحكمة . فإن رأت المحكمة أن الامتناع في غير محله ، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد في إبرام التصرف ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه ، وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها ( المادة ٧١ / ٢ ولاية المال ) .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن اشتراك المساعد القضائي لايفنى عن تدخل ذى العاهتين في إبرام التصرف ، إلا أن المشرع لاحظ أنه من الممكن أن تعرض حالات لا تسمح فيها حالة هذا الأخير بأن يبرم التصرف حتى بمعاونة المساعد القضائي ، ويكون من شأن عدم إجراء هذا التصرف أن يعرض مصالحه للخطر . وفي هذه الحالات ، يحول المشرع المساعد القضائي رفع الأمر للمحكمة . ولهذا المحكمة أن تأمر . بعد التحقيق . بانفراد المساعد القضائي بإجراء التصرف ( المادة ٧١ / ٣ ولاية المال ) . وفي هذه الحالة وحدها . يكون للمساعد القضائي صفة النائب ، بمعناها الحقيقي ، عن ذى العاهتين .

يظهر مما سبق أنه إذا عين لذى العاهتين مساعد قضائي ، وجب أن يشترك الإثنان معاً في إجراء التصرفات التي تلزم فيها المساعدة . أما بالنسبة إلى التصرفات التي لايشملها قرار المساعدة . فتبقى لذى العاهتين الأهلية كاملة في إجرائها وحده .

ولكن ما الحكم إذا أجرى ذو العاهتين ، دون اشتراك المساعد القضائي تصرفاً من تلك التي تلزم فيها المساعدة ؟

لمعرفة هذا الحكم ، نلزم التفرقة بين التصرفات السابقة على تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي . وبين تلك اللاحقة له .

فالتصرفات التي يبرمها ذو العاهتين . قبل تسجيل قرار تعيين المساعد



القضائي . تقع صحيحة ، في حدود القواعد القانونية العامة <sup>(١)</sup> . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يبرم فيها التصرف بعد رفع طلب المساعدة القضائية إلى المحكمة وتسجيله ، والحالة التي يكون فيها المتعاقد مع ذى العاهتين سىء النية ، أى يعلم عند إبرام التصرف بسبق طلب المساعدة القضائية من المحكمة .

والسبب في صحة التصرفات التي تبرم قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية هو أن ذا العاهتين كامل الإدراك ، ولا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويسجل القرار القاضي بذلك .

أما التصرفات التي يبرمها ذو العاهتين دون اشتراك مساعده بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية ، فتقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعاقد معه . وقد تضمنت المادة ١١٧ / ٢ مدنى هذا الحكم بقوها : « ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقرر مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » <sup>(٢)</sup> .

(١) فإذا ثبت ، مثلا ، أن ذا العاهتين قد وقع فى غلط ، جاز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط ، على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة . على أنه يلاحظ هنا التفارق الهام بين حكم التصرف الذى يجره ذو العاهتين قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية ، وبين حكم التصرف الذى يجره بعد ذلك . ففي الحالة الأولى ، لا يحكم القاضي بالإبطال ، إلا إذا ثبت ذو العاهتين أنه فى وقع غلط تتوافر فيه الشروط القانونية . أما فى الحالة الثانية ، فيحكم للقاضي بالإبطال ، إذا طلبه منه ذو العاهتين ، لجرد أن المساعد القضائي لم يشترك معه فى إبرامه ، دون أن يكلف بإثبات أى أمر آخر .

(٢) وقد نقل القانون المدنى هذا النص عن نص المادة ٤٨ من قانون المحاكم الخصية الملقى . وقد أسست المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير حكم البطلان النسبى الذى يلحق التصرفات التى يجرها ذو العاهتين بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية دون معاونة مساعده ، على وقوعه فى غلط ، على اعتبار أن القانون يقيم هنا قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى على قيام هذا الغلط . وهذا التعليل ، فى رأينا ، غير صائب . إذ أنه لو كان الأمر كما قالت المذكرة الإيضاحية ، لوجب أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره فى غلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يبينه ( المادة ١٢٠ مدنى ) . وذلك فى حين أن البطلان النسبى ( وبصيغة أدق القابلية للإبطال ) فى حالتنا يلحق التصرف فى كل الظروف ، دون حاجة إلى إثبات أى أمر سيق =



ويستمر حكم تصرفات ذى الماهيتين على نحو ماقلدنا ، إلى أن تقضى المحكمة برفع المساعدة عنه .

### ١٤٣ - المحكوم عليه بعقوبة الجنائية :

بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، يحد من أهلية الأداء لدى الشخص الذى يحكم عليه بعقوبة الجنائية . فترفع عنه إدارة أمواله . ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه ، أو تعينه هذه المحكمة فى غرفة مشورتها ، إذا لم يختار المحكوم عليه أحدًا لتولى القوامه عليه ، وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو أى ذى شأن . أما التصرف فى المال ، فلا يعهد به إلى القيم . ولكن يظل يتولاه المحكوم عليه ، بشرط أن تأذن المحكمة المدنية به ؛ فإن لم يأت منها هذا الإذن . وقع التصرف باطلا . ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تمهد المحكوم عليه بأى الترام .

والحد من الأهلية لا يلحق هنا إلا المحكوم عليه بعقوبة الجنائية : وهى السجن والأشغال الشاقة المؤبدة والإعدام . أما المحكوم عليه بالحبس . وهو عقوبة المخالفة والجنحة ، فلا يحد من أهليته .

ولا يلحق الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجنائية إلا بعد اعتقاله وطوال مدة هذا الاعتقال . فهو لا يلحقه قبل الاعتقال ، ولا بعد الإفراج .

ويلاحظ أن الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجنائية لا يجرى نتيجة خلل يصيب منه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك . ولكنه يجرى كعقوبة تبعية لعقوبة الجنائية ، ومراعاة للصالح العام . حتى لا يكون فى مباشرة المحكوم عليه التصرف فى ماله مايساعده على الفرار

---

= والحقيقة أن القابلية للإبطال تؤسرها على نقص أهلية ذى الماهيتين ؛ ذلك النقص الذى يفترض القانون وجوده بمجرد صدور قرار المساعدة القضائية ، وإن استلزم لسريان أثره فى حق الغير ، تسجيله . والظاهر أن قانوننا المرفى يأخذ بهذا التعليل ؛ لأنه أورد حكم ذى الماهيتين بين أحكام الأهلية دون أحكام القتل .



من السجن أو عاقبة ما يقضى به قواعده . ويترب على ذلك أنه إذا تصرف المحكوم عليه في ماله بغير إذن المحكمة المدنية ، أو قام بتأجيله ، وقع تصرفه باطلا وليس قابلا للإبطال .

#### ١٤٤ - استعمال الطرق الاحتياطية لإخفاء نقص الأهلية :

عرفنا أن تصرفات ناقص الأهلية ( وهو الصبي المميز ، والسفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، وذو العاهتين بعد إخضاعه لنظام المساعدة القضائية ) تقع في مجموعها قابلة للإبطال لصالحه . ويحق لناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته ، أو يحق نائبه قبل ذلك ، أن يطلب إبطال التصرف .

وثمة حقيقة أولى واضحة جلية ، وهي أنه لا يغير شيئا من أحكام الأهلية على نحو ما يقضى به القانون أن يدعى القاصر أو غيره من ناقصي الأهلية وعدميها توافر الأهلية لديه ، إذا كانت هي في الحقيقة غير ذلك <sup>(١)</sup> . فأحكام الأهلية من النظام العام في الصميم ، فلا يغير منها إدعاء ما ، أو حتى اتفاق يقع بمخالفتها .

ولكن الأمر قد لا يقتصر على مجرد أن يدعى القاصر اكتمال الأهلية لديه . حالة كونها في الحقيقة غير ذلك ، وإنما قد يلجأ إلى طرق احتياطية من شأنها أن توهم بصحة ادعائه : كما إذا أبرز شهادة ميلاد مزورة ، أو صنع في نفسه ما يجعله أكثر سنا مما هو عليه ، أو قدم مطبوعات عليها اسمه مقترنا برقم للسجل التجاري باعتباره عضواً في شركة <sup>(٢)</sup> . فما عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟

تصدت المادة ١١٩ للحكم مثل هذه الحالة قائلة : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتياطية ليخفي نقص أهليته » .

---

(١) و (٢) انظر : نقض ٣ مارس ١٩٧٠ ملن ٣٦/٢٩ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٩٦ رقم ٦٤ .



فإخفاء النقص في الأهلية لا يمنع القاصر ومن في حكمه من التمسك بإبطال التصرف الذي يجريه ، إعمالاً لأحكام الأهلية ذاتها ، ذلك لأن مثل هذا العمل لا يحمل من ناقص الأهلية كاملها .

ولكن إذا حق لناقص الأهلية أن يتمسك بالإبطال ، برغم التجائه إلى الطرق الاحتياطية لإخفاء نقص الأهلية عنده ، إلا أن هذا الفعل يعتبر منه عملاً خاطئاً غير مشروع . ولذلك فهو يتحمل بالالتزام بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . والمادة ١١٩ تصرح بقيام هذا الالتزام . وهي إذ تقر ذلك . لا تفعل أكثر من تقرير تطبيق تشريعي للمسئولية التقصيرية . اعتباراً بأن ناقص الأهلية ، بالتجائه إلى الحيلة والخداع لإخفاء نقص أهليته . يرتكب عملاً خاطئاً غير مشروع ، فإن سبب بذلك ضرراً لمن تعاقد معه . التزم بتعويضه عنه .

فالطرق الاحتياطية التي يلجأ إليها ناقص الأهلية لإخفاء نقص أهليته لا تحرمه ، وفق ما تقتضي به أحكام الأهلية ذاتها من حق طلب إبطال التصرف . ولكن من شأنها تحمله بالالتزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . ولا يوجد ثمة ما يمنع القاضي من أن يرى أن خير سبيل لتعويض المتعاقد مع ناقص الأهلية هو قيام التصرف المطلوب بإبطاله <sup>(١)</sup> . وهكذا قد يحرم ناقص الأهلية في النهاية من طلب الإبطال . ولكن هذا الحرمان لا ينجي نتيجة اعتباره كامل الأهلية . ولكن على أساس التعويض الذي يلتزم به للطرف الآخر ، إعمالاً للمسئولية التقصيرية . وهكذا يتمثل حكم المادة ١١٩ تطبيقاً تشريعياً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، التي سوف نعرض لها فيما بعد عند تناول نظرية البطلان <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر نقص ٣ مارس ١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد المادة ١١٩ مفذ « أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتياطية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض لفنش الذي صغر منه عملاً بقواعد المسئولية التقصيرية ، ولا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستبين بطرق احتياطية لتأكيد كمال أهليته ... » .

(٢) انظر ما سيحي . ٥ نبذة ٢٥١ .



## المطلب الثاني

### عيوب الرضاء

١٤٥ - يقصد بعيوب الرضاء *vices de consentement* أمور تلحق بإرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء ، دون أن تجهز عليه <sup>(١)</sup> . فرضاء المتعاقدين هنا موجود . كل ما في الأمر أن إرادته لا تفي بسليمة ، إما لأنها أتت على غير بينة من حقيقة الأمر ، أو لأنها أتت عن غير كامل حرية واختيار .

والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء ، على نحو ما عرفه الفكر القانوني منذ أمد طويل : هي الغلط والتدليس والإكراه . ووجد إلى جانبها الغبن . الذي ، وإن لم يكن ، في حقيقته ومجرده وذاته ، عيباً يشوب الرضاء . إلا أنه اعترف له ، في بعض الأحيان ، وفي حالات خاصة تحددها النصوص . بتأثير على العقد . اعتباراً بأنه يخل بإخلاص كبيراً مبدأ المساواة بين طرفيه .

---

(١) وفكرة عيوب الرضاء لم تظهر في القانون الروماني إلا في وقت متأخر نسبياً ، حيناً بدأ ظهور مبدأ الرضائية في العقود . فـ في الوقت الذي كانت تسود فيه الشكلية في إبرام العقود ، لم يكن لعدم سلامة الرضاء أي اعتبار ، بل لم يكن للإرادة في ذات وجودها أهمية . فظالما احترمت الطقوس والأشكال الواجبة ، فالمعقد متبجح وصحيح ، حتى لو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فاسدة ، بل حتى لو كانت غير موجودة أصلاً . وبالتدريج ، وبالفعل البريتر ، أغند الإكراه والتدليس ثم من بعد الغلط تشق طريقها إلى القانون . بيد أن ظهور هذه العيوب لم يأت بهدف حماية الإرادة في ذاتها ، وإنما بتأثير من اعتبارات الأخلاق والمعادلة . فالإكراه والتدليس ، باعتبارهما متناقضين مع مقتضيات الخلق الجميل وحسن سير المعاملة ، باتا يعيران من قبيل الجرائم المحظورة قانوناً ، الأمر الذي كان يؤدي إلى عدم إعطاء المعقد قوته الملزمة ، لا على اعتبار فساد الإرادة ، وإنما كجزء من الجزاء الذي يلحق بالضغط والقسر على غريمه أو الخيلة والخفاح . وهكذا نشأ الإكراه والتدليس في القانون الروماني ، لا على أساس أنها عيان يشوبان الإرادة ، ولكن على أساس أنها عيان يشوبان المعقد ذاته . أما الغلط ، فلم يحتل في ظل القانون الروماني إلا مكاناً ضيقاً ، بسبب أنه لا يأتي نتيجة أفعال مؤتممة من المتعاقدين الآخر . راجع فيما سبق :



ومنذ عهد ليس بجد بعيد ، وتأثير من القوانين ذات التزعة الجرمانية ، أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء يشق طريقه ويثبت أقدامه ويرسخ وجوده في دنيا القانون . وينفذ إلى تقنيات الكثير من البلاد المختلفة ، ومن بينها مصرنا . وهذا العيب هو الاستغلال <sup>(١)</sup> .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة عيوب الرضاء . باعتبارها عيوباً ترد على الإرادة فتفسدها دون أن تجهز عليها ، وأخذ بها في رابعها ( الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ) . ملحقاً بها الغبن . وتناول أحكامها في المواد (من ١٢٠ إلى ١٣٠) .

وسوف نبدأ بالغلط . ثم نتبعه بالتدليس ، ثم بالإكراه . لننتهي من عيوب الرضاء بالاستغلال . وبعد ذلك نتناول الغبن . وإن كان بذاته وبمجردة لا يعتبر في الحقيقة من عيوب الرضاء .

### أولاً : الغلط

١٤٦ - الغلط *erreur* ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص ، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته . بأن يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة . أو يتوهم خلوه من صفة ، حالة كونها تلزمه . ومثاله أن يشتري شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، فلذ به بمجدها من المعدن المطلي بقشرة من الذهب ، وأن يشتري الشخص تحفة ، اعتقاداً منه بأنها أثرية ، ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد . وأن يستأجر شخص شقة لسكنائه ، مدفوعاً باعتقاده بأن لها واجهة على الشارع ، ثم يتضح له خطأ اعتقاده .

وسوف نتناول ، في دراستنا للغلط ، النظرية التقليدية في الغلط ، لتعقب بالنظرية الحديثة : لنضلل بعد ذلك إلى دراسة أحكام الغلط في القانون المصرى ، وننتهى بدراسة فكرة الغلط في الفقه الإسلامى .

---

(٢) ومن القانون المصرى عرف نظام الاستغلال طريقه إلى تقنيات دول عربية أخرى كثيرة ، كالقانون السوري (المادة ١٣٠ و ١٣١) ، والقانون الليبى (المادة ١٢٩ و ١٣٠) ، والقانون المراقى (المادة ١٢٥) ، والقانون الملقى الكويتى (المواد ١٥٩ إلى ١٦١) .



### ١٤٧ - النظرية التقليدية في الغلط :

هناك نظرية قديمة في الغلط ، يحسن بنا البدار بعرضها . لكي نستطيع بعد ذلك أن نتفهم أحكام قانوننا بصدده . إذ أن هذه الأحكام جاءت في أساسها متأثرة بالنقد الذى وجه إلى تلك النظرية .

وقد قال بهذه النظرية ، في أصل نشأتها ، الرومان . وظل الفقهاء الذين جاءوا بعدهم يقلدونهم فيها ، وإن تعهدوها بالصقل والتهذيب ، ردحا طويلا من الزمن . ومن هنا أضفى عليها اسم « النظرية التقليدية في الغلط » .

ومؤدى هذه النظرية تقسيم الغلط إلى أنواع أساسية . هى الآتية :

أولا : غلط يعلم الرضاء أصلا ، ويقف بالتالى عقبة في سبيل قيام العقد . أو هو يؤدى بعبارة أخرى ، إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . وهذا هو الغلط المانع أو الغلط العقبة *erreur obstacle* .

ويشمل هذا النوع من الغلط :

( أ ) الغلط الذى ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه *error in negotio* ، كما إذا أعطى شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له .

( ب ) الغلط الذى ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام *error in corpore* ، كما إذا كان لشخص متزلان . أحدهما في القاهرة وثانيهما في الاسكندرية . وأراد أن يبيع أولهما . ولكن المتعاقدين الآخر ظن أنه يريد بيع الثانى . فارتضى الشراء على هذا الأساس .

( ج ) الغلط الذى ينصب على سبب الالتزام ، كما إذا اعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود ، فتعهدوا له بدفعه . ثم اتضح أن هذه الوصية باطلة ، أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل موته .

ثانياً : غلط يؤثر في الرضاء ، فيعييه دون أن يعلمه . وهو بالتالى لا يحول دون قيام العقد ، ولكنه يجعله قابلاً للإبطال فحسب ، وعبارة



أخرى تقليدية ، يحمله باطلا بطلاناً نسبياً . ويوجد هذا النوع من الغلط في الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا انصب الغلط على المادة التي يتكون منها *substance même* de la chose أو على صفة جوهرية فيه . فقد قصد بهذا النوع من الغلط في الأصل ذاك الذي يقع على ذات العناصر التي تتكون منها مادة الشيء . *error in substantia* ، كما إذا اشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص . في حين أنها من المعدن المطلي بالذهب . ثم أدى التطور إلى اتساع هذا المدلول ، فأصبح يشمل الغلط في صفة جوهرية من الصفات المتعلقة بالشيء *qualité substantielle* ، كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية حالة كونها مجرد تقليد <sup>(١)</sup> .

(ب) إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها ، أو على صفة من صفاتها ، وكان هذه أو تلك محل اعتبار أساسي في التعاقد . ومثال الغلط في ذات الشخصية أن يهب شخص آخر مالا ، اعتقاداً منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات ، ثم يتضح له أنه ليس كذلك ، أو أن توكل ، للدفاع عنك في قضية ، شخصاً معيناً ، اعتقاداً منك بأنه المحامي الكبير المشهور ، ثم يتضح لك أنه مجرد سمي له . ومثال الغلط في صفة من صفات الشخصية . أن يعهد شخص إلى آخر بتشييد دار يزعم بناءها ، معتقداً أنه مهندس كبير مشهور . ثم يثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد .

ثالثاً : غلط يقع فيه المتعاقد ؛ ولكنه لا يؤثر في رضائه ، وبالتالي لا يضيّب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي . بل يبقى صحيحاً . ويشمل هذا النوع من الغلط في الحالات الآتية :

(أ) الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد ، كذلك الذي ينصب ، مثلاً ، على صنف ورق الكتاب الذي تشتريه لقراءه .

---

(١) انظر في هذا المعنى : *Mazeaud* ، دروس القانون المدني ج ٢ - التوامات نبذة ١٦٢ .



(ب) الغلط في شخصية المتعاقد ، أو في صفة فيها ، إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار أساسي في التعاقد ، كما إذا باع التاجر سلعته بالثمن الذي حدده في الأصل لشخص يعتقد أنه قريه ، ثم اتضح أنه مجرد شبيه له .

(ج) الغلط في القيمة ، كما إذا اعتقد الشخص أن منزله يساوي خمسين ألف جنياً . فباعه بهذا المبلغ ، ثم اتضح له أنه يساوي مائة ألف .

(د) الغلط في الباعث ، كما إذا اشترى شخص حصاناً ، معتقداً خطأ أن حصانه القديم قد نفق موتاً .

هذه هي النظرية التقليدية في الغلط . وقد تبنتها مجموعة نابليون في أضيق صورها <sup>(١)</sup> ، كما أنها تركت بصماتها على نحو أو على آخر في قوانين بلاد أخرى كثيرة <sup>(٢)</sup> .

وقد وجه الفقه المعاصر لهذه النظرية سهاماً من النقد جارحة . وقد أصابها تلك السهام في ناحيتين أساسيتين : هما الآتيان :

(الأولى) فكرة الغلط المانع التي تقول بها النظرية التقليدية فكرة معيبة ، ثم إنها مجردة عن الفائدة .

أما أنها معيبة ، فذلك لأن المقصود بالغلط في التعاقد هو أن يقوم الرضاء بالعقد ، كل ما هنالك أن هذا الرضاء ينجيء وليد الوهم والاعتقاد الخاطئ . في حين أنه في الحالات التي تقول فيها النظرية التقليدية بقيام الغلط المانع ، لا يوجد رضاء أصلاً ، أو في الأقل ، لا يوجد رضاء يعتد به القانون . ففي حالة الغلط في طبيعة العقد ، كما إذا أعطى شخص آخر مبلغاً من النقود على

---

(١) فقد جاءت المادة ١١١٠ من مفعنة نابليون تقضي بما ترجمته : « الغلط لا ينفذ سبباً لبطلان الاتفاق إلا إذا وقع على ذات مادة الشيء التي تكون موضوعه . وهو ليس سبباً لبطلان إذا لم يقع إلا على الشخص الذي يقصد المرء التصاقد معه ، وذلك ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسي للاتفاق » .

(٢) ومن هذه القوانين : القانون الألماني ( المادة ١١٩ ) ، ومفعنة الالتزامات السورية ( المادة ٢٣ ) ، والقانون اللبناني ( المادة ٢٠٣ و ٢٠٤ ) .



سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له ، لا يقوم الرضاء أصلاً ، حيث إن الإرادتين لم تتوافقا على شيء ما . وكذلك الشأن في الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل العقد . أما في حالة الغلط في السبب ، كما إذا تعهد الورثة بأن يدفعوا لشخص معين مبلغاً من النقود . استناداً إلى وصية اعتقدوا أن مورثهم قد تركها له ، ثم اتضح لم يطلان هذه الوصية أو رجوع الموصى عنها قبل موته ، في هذه الحالة ، ولو أن الرضاء قد قام فعلاً ، إلا أن القانون لا يعتد به أصلاً ، لعدم استناده إلى سبب .

هكذا يبين أن فكرة الغلط المانع غير دقيقة . وزيادة على عدم دقتها ، فلا فائدة منها . فهي ، في منطق النظرية التقليدية : تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، كما بينا . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة على أساس آخر . وهو انتفاء الرضاء أو انتفاء السبب ، على حسب الأحوال .

( الثانية ) والعيب الأساسي الثاني الذي وجه إلى النظرية التقليدية يتعلق بالمعيار الذي اتخذته أساساً لتبين ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيهدد العقد بالإبطال ، أو يقع غير مؤثر فلا يصيب العقد بأذى . فقد أقامت هذا المعيار على إجراء تفرقة مادية حسائية بين حالات الغلط ، وأجدة في بعضها أن الغلط يقع مؤثراً ( وهي حالة الغلط في مادة الشيء أو في صفة جوهرية فيه ، والغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيها ، إذا كانت محل اعتبار في التعاقد ) ، وفي بعضها الآخر أنه لا يقع كذلك . فأساس معيار التفرقة بين الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر ، وفقاً للنظرية التقليدية ، يكمن في الأمر الذي ينصب الغلط عليه ، وليس في أثر هذا الغلط في ذاته على رضاء المتعاقد بالعقد .

ولاشك أن الفكرة التي دعت أنصار النظرية التقليدية إلى القول بهذا المعيار فيها شيء كبير من الصحة . ففي أكثر الأحيان ، يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، كلما انصب على مادة الشيء محل الالتزام أو على صفة جوهرية فيه ، أو انصب على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها طالما كانت محل اعتبار أساسي في التعاقد ، ولا يكون كذلك في الأحوال الأخرى . ولكن الكثرة لا تعني الشمول والإطلاق . فهناك حالات أخرى غير ماسقة .



يكون الغلط فيها هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إن المتعاقد ما كان يرتضى العقد ، لو لم يقع فيه . ولنضرب لذلك مثلاً بالغلط في القيمة ، الذى جعلته النظرية التقليدية غير مؤثر دائماً . فلو أن شخصاً باع سنداً من سندات أحد البنوك بقيمته في السوق ، معتقداً أنه لم يكسب جائزة من تلك الجوائز التى يمنحها البنك بالقرعة لحملة سندات ، ثم اتضح أنه كسب جائزة قدرها ألف جنيه . يمكن أن يثور هنا شك في أن الغلط الذى وقع فيه البائع قد بلغ من الجسامة حداً ، بحيث إنه لو تبين وجه الحقيقة ، ما كان يرتضى البيع ، أو في الأقل ، ما كان يرتضيه بالسعر الذى باع على أساسه ؛ بل إذا لو دققنا النظر في ذات الحالات التى ترى النظرية التقليدية الغلط مؤثراً فيها : لوجدنا أنها وإن كانت تصدق في الكثير الغالب ، إلا أنها قد تكذب في بعض الأحيان . فقد يقع الغلط في نفس مادة الشيء : ومع ذلك لا يعتبر هو الدافع إلى التعاقد ومثال ذلك أن يشتري أحد هواة العاديات تحفة أثرية خلفها فراعنة مصر ، معتقداً أنها من المرمر ، في حين أنها من الجرانيت . أو حتى من الحجر العادى . لاجدال في أن الغلط هنا يقع في العادة غير مؤثر . إذ أن التحفة الأثرية تستمد قيمتها ، في تقدير غواة العاديات . من كونها أثرية ، ولأنهم كثيراً بعد ذلك المادة التى صنعت منها .

ثم إذا كانت النظرية التقليدية قد استوحيت ، في إجراءاتها التفرقة بين الحالات التى رأت فيها الغلط مؤثراً وتلك التى رأتها فيها غير مؤثر ، مدى جسامة الغلط وأثره على رضا المتعاقد من حيث إنه هو الذى دفعه إلى إبرام العقد من عدمه ، إذا كان الأمر كذلك ، أفليس من الأفضل أن تتخذ من هذه الفكرة الأخيرة ذاتها معياراً للغلط المؤثر وغير المؤثر ، دون أن نقيدها بحالات محددة سلفاً ، وأن يترك الأمر من بعد للقاضى ، يفصل في الأمر بحسب ظروف كل حالة ؟

إن أفدح عيب وقعت فيه النظرية التقليدية ، والذي أدى بها إلى فساد المعيار الذى قالت به بصدد التفرقة بين ما يكون من الغلط مؤثراً فيجعل العقد من ثم قابلاً للإبطال ، وبين ما يكون منه غير مؤثر فلا يصيب



العقد بأذى ؛ إن هذا العيب الأفدح للنظرية التقليدية يمكن في أنها بنت معيارها ذلك على أساس مادی حسابي . في حين أن الغلط ، اعتباراً بأنه أمر نفسي ، ينبغي أن يراعى ، في تحديد ما إذا كان مؤثراً أو غير مؤثر ، معيار شخصي ، يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه من حيث إنه هو الذي جره : أو لم يجره ، إلى صدور رضائه . من هنا وجب أن يكون المعول عليه : ليس هو ذات الأمر الذي انصب الغلط عليه ، وإنما هو الأثر الذي ترتب على الغلط بالنسبة إلى صدور الرضاء بالعقد . وهذه المثابة لزم أن تتغير النظرة إلى الغلط المؤثر . فبدلاً من تطلب أن ينصب على أمر جوهري : تحتم أن يكون هو ذاته الجوهري ، على أن يكون المقصود من جوهريته أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليتعاقد لو لم يقع فيه .

هذان هما التقندان الأساسيان اللذان وجها إلى النظرية التقليدية في الغلط وأصابها في الصميم . وعلى ضوءهما قامت النظرية الحديثة .

#### ١٤٨ — النظرية الحديثة في الغلط :

مؤدى النظرية الحديثة في الغلط أنها تهمل فكرة الغلط المانع ، ولا تقيم لها وزناً . أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط ، فهي تفرق ، بصدد تحديد ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيجعل العقد قابلاً للإبطال ، أو يقع غير مؤثر فلا يحس صحة العقد ، بين الغلط الجوهري أو الدافع وغير الجوهري أو غير الدافع .

فالغلط الجوهري *erreur substantielle* أو الدافع ، هو ذلك الذى يدفع المتعاقد إلى الرضاء بالعقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ، لما كان يرتضيه . والغلط غير الجوهري أو غير الدافع هو الذى يقع فيه المتعاقد دون أن يكون قد دفعه إلى التعاقد ، بمعنى أنه كان ليرضى العقد بنفس الشروط حتى لو لم يقع في الغلط . وسيان بعد ذلك ، أن ينصب الغلط على ناحية أو على أخرى من نواحي التعاقد . فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إن الشخص ما كان ليرضى العقد لو أنه لم يقع فيه ، كان مؤثراً وجعل العقد قابلاً للإبطال ، ليس فقط في الحالات التى ينصب فيها



على مادة الشيء ، أو على صفة جوهرية فيه : أو على شخصية المتعاقد .  
بل في أية حال أخرى ، كما إذا انصب على القيمة <sup>(١)</sup> ، أو على الباعث .  
أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، بالمعنى الذى حددناه ، وقع غير  
مؤثر ، وما عاب الرضاء ، وما كان له بالتالى ماسان بالعقد ، أياً ما كان الأمر  
الذى تناوله ، حتى لو انصب ، مثلاً ، على مادة الشيء .

هكذا انطلقت نظرية الغلط من عقلمها ، بعد أن تكسر الإطار الجامد  
الذى ظلت حيصة فيه ، ردهاً طويلاً من الزمن ، أخذاً بمنطق النظرية  
التقليدية . وأصبح مناط تأثير العقد ، أو التصرف القانونى عامة ، بالغلط  
هو أن يكون الغلط فى ذاته جوهرياً *erreur substantielle* ، بمعنى أن  
يكون هو الدافع إلى التعاقد ، بعد أن كان مناطه ، فى ظل النظرية التقليدية  
هو أن ينصب الغلط على صفة جوهرية *qualité substantielle* .

#### ١٤٩ - أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى :

تمشى القانون المدنى المصرى ، مع النظرية الحديثة فى الغلط ، فأحلت  
كلية الغلط المانع ، الذى من شأنه أن يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً .  
واقصر على الغلط الذى يعيب الرضاء ويؤدى إلى قابلية العقد للإبطال .  
ولم يعمد ، فى هذا المجال الأخير ، إلى أن يحدد سلفاً ، وبطريقة مادية حساسية :

---

(١) وقد تأثرت أحكام بعض المحاكم المصرية بالنظرية الحديثة فى الغلط ، حتى فى ظل  
القانون المدنى المصرى القديم ، فقضت ببطلان العقد تأسيساً على الغلط فى القيمة . ومن تلك  
الأحكام : استئناف مخطوط ١٦/٥/١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٢٦ . وتتركز وقائع القضية التى  
صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعة على ظهرها ، تاركاً له  
اختيار أن يكون سعر النقل على أساس الوزن أو الحجم ، غير عالم بأن الأساس الثانى ثمانية أضعاف  
الأول ، ولما اختار أمين النقل الأساس الثانى ، طعن الناقل فى العقد بالإبطال تأسيساً على وقوعه  
فى غلط فى القيمة وأنه ما كان ليرتضى العقد على نحو ما ارتضاء عليه لو أنه لم يقع فيه . وأجبت  
المحكمة إلى الإبطال . انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٥/٣/١٩٢٢ ، ب ٣٦ ص ٣٦١ -  
استئناف مخطوط ٣/٤/١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . أما المحاكم الفرنسية ، فلا زالت متأثرة  
بالنظرية التقليدية فى الغلط ، الأمر الذى يجعلها ترفض إبطال العقد للخطأ فى القيمة . انظر نقض  
فرنسى مدنى ١/٢٥/١٩٦٥ ، دالوز ١٩٦٥ ص ٣١٧ .



الحالات التي يقع فيها الغلط مؤثراً وتلك التي يقع فيها غير مؤثر ، واكتفى بوضع معيار ذاتي مرن ، قوامه جسامة الغلط وأثره على التعاقد . فلأن بلغ الغلط من الجسامة حداً بحيث كان التعاقد يتمتع معه عن إبرام العقد ، لو أنه لم يقع فيه ، اعتبر الغلط جوهرياً وعاب الرضاء ، وإلا فلا .

بيد أن القانون المصري ، وإن اتخذ فكرة الغلط الجوهري ، وبعبارة أخرى فكرة الغلط الدافع إلى التعاقد ، أساساً لتحديد ما إذا كان الغلط مؤثراً أو غير مؤثر ، إلا أنه لم يقرر له الجزاء في كل حالة يعتبر كذلك ، وإنما استلزم شرطاً آخر . اقتضاه حرصه على استقرار المعاملات ، وهو وجوب أن يكون الغلط متصلاً بالتعاقد الآخر . ومؤدى هذا الشرط الأخير عدم إعمال فكرة الغلط ، وبقاء العقد بالتالي سليماً وبمأنى عن دعوى الإبطال ، حتى لو كان الغلط في ذاته جوهرياً ، وذلك كلما كان التعاقد الآخر بعيداً عن الغلط ، لم يتصل به بسبب أو بآخر . هكذا جاءت المادة ١٢٠ تقضى بأنه : « إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

#### ١٥٠ - شروط إعمال الغلط :

يبيّن مما سبق أن يلزم ، لكي ينتج الغلط أثره القانوني ، في ظل القانون المدني المصري ، توافر شرطين أساسيين : هما الآتيان : (١) أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد . (٢) أن يتصل الغلط بالتعاقد الآخر . وتتناول كلا من هذين الشرطين بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

١٥١ - الشرط الأول : يلزم أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى أن يرتضى العقد : ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي بالضرورة إلى وقوع العقد الذي يرمه قابلاً للإبطال . بل يلزم لذلك أن يكون هذا الغلط جوهرياً ، بأن يكون هو الذي دفع المتعاقد الفاعل



إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، أو كما تقول المادة ١٢١ / ١ « يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط » .

وواضح أن معيار الغلط الجوهرى أو النافع إلى التعاقد هو معيار ذاتى أو شخصى يتعلق بالمتعاقدين الغالط نفسه . وليس معياراً مادياً <sup>(١)</sup> . فنحن ننسب أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها . فإذا كان هو الذى دفعها إلى التعاقد ، بحيث إنه لولاه لم ارتضته ، كان الغلط جوهرياً ، وإلا فلا <sup>(٢)</sup> .

(١) راجع السهورى ، الوسيط ١ ، نبة ١٦٨ .

(٢) يلاحظ أن منطق نظام الغلط ذاته ، اعتباراً بأنه يتبنا أن يحىء رضاء المتعاقد على بيئة من أمر ما يرتضيه ، يقتضى منا ، في صدد تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا ، أن نأخذ بالمعيار الذاتى ، فنبحث في مدى تأثير الغلط على المتعاقدين الذى وقع فيه بالذات ، لنتبين ما إذا كان هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضى العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان ليعتقد بنفس الشروط حتى ولو لم يكن قد وقع فيه . وقد أدى هذا المنطق بالمشرع المصرى في المادة ١/١٢١ من القانون المدنى ، إلى أن يصرح بوجوب تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً أم غير جوهرى على أساس معيار شخصى ذاتى يتعلق بالمتعاقدين الغالط نفسه . ويسير الرضاء الفرنسى هو أيضاً على نفس النهج ، فيأخذ بدوره بمعيار ذاتى قوامه نفس المتعاقد الغالط L'errans في تحديد الصفة الجوهرية التى ينسب الغلط عليها .

وبرغم كل ما سبق ، فتحديد جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يكاد يكون أمراً نظرياً أكثر منه واقعياً ، كما لاحظ بحق الإخوة Mazeaud ( راجع مؤلفهم ، دروس القانون المدنى ج ٢ الالتزامات نبة ١٧١ ) . ففى الغالب من الأمر لا يوجد في ظروف التعاقد وملاساته ما يقطع بأن الغلط الذى وقع فيه المتعاقدين هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أجراه . فإذا جاء المتعاقد ، في مثل هذه الحالة ، وادعى أن الغلط الذى وقع فيه جوهرى ، فإن ادعاءه هذا يشتمل أمراً نفسياً ، فكيف للقاضى أن يتحقق منه ! وهكذا لا يبين لإثبات مثل هذا الإدعاء إلا قرائن الأحوال .. والقاضى في سبيل تكوين اقتناعه بصدق إدعاء الغالط أو عدم صدقه ، يرى نفسه ، ربما من غير أن يشعر ، يتعامل عما كان يفعله الرجل العادى في مثل ظروف التعاقد الغالط ، هل كان يتمتع عن إبرامه العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان يبرمه حتى في هذه الحالة . وهكذا يجد القاضى نفسه ، من حيث الواقع العقل ، مسيراً إلى تحديد جوهرية الغلط أو عدم جوهريته على أساس موضوعى مجرد in abstracto .

وقد أثر هذا الاعتبار الواقعى في المشرع المصرى . فبعد أن بدأ يصرح ، في غير غموض ، بقياس جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يتعلق بالمتعاقدين الغالط نفسه ، جاء بعد ذلك ، في صدد التمييز للغلط الجوهرى ، يقول بأنه يقوم في الحالة التى ينسب فيها الغلط على صفة ق -



وإذا كان الأمر كذلك ، فإن أثر الغلط على الرضاء يختلف بالضرورة باختلاف الأحوال ، وينهض أمراً من أمور الواقع ، يقول فيه قاضى الموضوع القول الفصل ، طالما جاء قوله هذا سائفاً<sup>(١)</sup> .

وقد نبذ المشرع فكرة النظرية التقليدية التى تقوم على تحديد الغلط المؤثر بحالات محددة سلفاً ، أساسها أمور معينة ينصب الغلط عليها . فالعبرة عنده ليست بالأمر الذى ينصب الغلط عليه ، وإنما بأثر هذا الغلط على الإرادة . فإن بلغ تأثير الغلط على الإرادة إلى حد أن جعلها ترضى العقد ، وما كانت لترفضه بلسونه ، اعتبر جوهرياً ، وتنبأ لأن يشوب العقد بالقابلية للإبطال . دون اعتبار بعد ذلك بالأمر الذى انصب عليه .

يبد أن قانوننا ، وإن لم يلبجأ إلى التحديد المادى للحالات التى يقع فيها الغلط جوهرياً وبالتالى مؤثراً ، فقد عمد إلى التمثيل لهذه الحالات . وقد مثل لما بنفس الحالتين اللتين كانت النظرية التقليدية تحصر الغلط المؤثر فيهما دون غيرهما . وفى هذا الصدد ، جاءت المادة ٢١ / ٢ تقضى بأنه : « ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين ؛ أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » . وهكذا يقرر قانوننا ، على سبيل التخصيص والتمثيل ، وليس على سبيل التحديد والحصر ، أن الغلط يقع جوهرياً فى الحالتين الآتيتين :

== الشئ محل التعاقد تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعاقد من حسن النية » . فالنص لا يكتفى ، لاعتبار الغلط جوهرياً ، أن ينصب على صفة تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقد الغلط ، وإنما يتطلب أن تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين كليهما . بل إنه لم يكتف بذلك ، حيث اعتبر الغلط جوهرياً ، حتى فى الحالات التى ينصب فيها على صفة فى الشئ يجب اعتبارها جوهرياً مراعاة لظروف الملازمة للعقد ولما ينبغى من مراعاة حسن النية فى إجراءاته . وفى هذا غلط واضح بين المياريين الذائق والموضوعي . (١) انظر : نقض ١٣/٢/١٩٧٣ ، طعن ٣٨/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٩٤٥/٥/٦ ، قضية ٢١/٢٢١ مجموعة النقض س ٥ ص ٨٤٠ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً تمييز الكويت تجارى ١٩٧٧/٢/٢١ ، طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجارى .



(أ) الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد : فإذا انصب الغلط على صفة ما في الشيء ، وكانت هذه الصفة أساسية لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بمعنى أن الاعتقاد بوجودها هو الذي أدى بهما أو بأحدهما إلى ارتضاء التعاقد ، إذا انصب الغلط على صفة أساسية بهذا المعنى ، اعتبر جوهريا .

وإذا كان من العسير عملا ، في كثير من الأحيان ، أن يقيم المتعاقد الدليل على أن صفة ما كانت جوهرية لديه عند التعاقد ، حيث إن هذا أمر نفسى . فإن المشرع يعتبر تلك الصفة كذلك ، إذا اقتضتها الظروف الملابسة للعقد وما ينبغى في التعامل من حسن النية . فمن يشتري ، مثلا ، تحفة من أحد تجار العاديات بثمن كبير لا يتناسب البتة مع سعر التحفة المماثلة إن كانت جديدة ، يعتبر ، إلى أن يقوم الدليل على العكس ، أنه اعتد بهذه الصفة كأمر أساسي في التعاقد ، لأن ظروف التعاقد وما ينبغى فيه من حسن النية تقتضى هذا الاعتبار .

(ب) الغلط الواقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته : إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ، أو على صفة من صفاته . وكانت هذه أو تلك هي السبب الرئيسي في التعاقد ، اعتبر جوهريا . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الحالة عند عرض النظرية التقليدية ، ونجتزئ بالإحالة على ما قلناه في هذا الصدد .

هاتان هما الحالتان اللتان خصتهما المادة ٢/٢١ بالذكر . ونكرر أنهما واردتان فيها على سبيل التخصيص والتمثيل ، وليس على سبيل التحديد والتميين والحصر . ويترتب على ذلك أنه في أية حالة أخرى يظهر أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إنه لولاه لما ارتضى الشخص العقد الذي أجراه ، فإن هذا الغلط يعتبر جوهريا ، ويكون من شأنه ، إذا توافر فيه الشرط الآخر الذي سنبينه بعد قليل ، أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فقد يعتبر الغلط جوهريا ، مثلا ، إذا وقع في القيمة أو في الباعث أو في أى أمر آخر غيرهما .



وإذ أورد قانوننا الحالتين السابقتين كحالتين للغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد ، فقد كان حرياً به ألا يفعل ، وأن يكتب بالمعيار المنطلق المرن الذى ضمنه الفقرة الأولى من المادة ١٢١ . ولعل فى إيراد هذين المثالين ما يفيء بأنه ، وإن أراد أن يتبنى النظرية الحديثة للغلط ، إلا أن إيمانه بها وكفوره بالنظرية التقليدية لم يكونا كاملين .

ويلاحظ أن مشرعنا المصرى . وإن أراد أن ينفذ منطق النظرية التقليدية القائم على تحديد نطاق الغلط المؤثر الذى من شأنه أن يدمع العقد بالقابلية للإبطال بحالات محددة سلفاً ، مكتفياً فى ذلك بمعيار مرن ، هو معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد ؛ إذا كان مشرعنا أراد ذلك ، وعهد إلى أن يرسى فكرة الغلط المؤثر على أساس متغاير من الناحية الفنية النظرية مع النظرية السابقة ، إلا أنه لا يتخالف معها فى الحقيقة ومن حيث الفعل والواقع ، إلا فى القليل .

ذلك لأن الحالتين الأساسيتين اللتين توردتهما النظرية التقليدية للغلط المؤثر — وهما حالة الغلط فى صفة جوهرية الشيء محل العقد ، وحالة الغلط فى شخصية المتعاقد أو فى صفة فيها إن كانت محل اعتبار أساسى عند التعاقد — تهضمان أيضاً وبطبيعة الأمور ذاتها حالتين للغلط المؤثر . فى ظل النظرية الحديثة للغلط بوجه عام ، وفى منطق القانون المدنى المصرى الذى تبناها بوجه خاص . فإدام الغلط قد انصب على صفة جوهرية فى اعتبار المتعاقد الغالط ، فإن هذا الغلط بالضرورة هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . وكذلك الشأن لو انصب الغلط على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها ، إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار أساسى لدى المتعاقد عند التعاقد .

يبقى بعد ذلك بين النظرية التقليدية للغلط من ناحية . وبين النظرية الحديثة التى تبناها المشرع المصرى من ناحية أخرى ، أمران هما اللذان ينحصر فيهما الخلاف . وهذان الأمران هما الآتيان :

( الأول ) الغلط فى مادة الشيء محل العقد : فوفقاً للنظرية التقليدية يقع



هذا الغلط مؤثراً دائماً . أما في ظل النظرية الحديثة ، فليس حتماً أن يقع هذا الغلط مؤثراً ، وإن كان هو كذلك في الأعم الأغلب من الحالات في العمل . فالمتعاقد ، في العادة ، يولى بالغ الاهتمام للمادة التي يتكون منها الشيء الذي يتعاقد عليه . كما إذا كان يشتره ، مثلاً . ومن هنا يقبل أن يكون غلظه في هذه المادة من قبيل الغلط الدافع أو الجوهرى ، أى ذلك الذى يؤدي به إلى ارتضاء العقد على نحو ما يرتضيه عليه . بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه . ولكن الغلبة لاتعنى الشدول . ومن المتصور أن ينصب غلط المتعاقد على مادة الشيء . من غير أن يكون هذا الغلط دافعاً أو جوهرياً ، وعلى الأخص في العقود التى لا ترد على ملكية العقود عليه كالإيجار . بل حتى في تلك التى ترد على الملكية . كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية . معتقداً أنها مصنوعة من مادة معينة . ثم ثبت أنها ، وإن كانت أثرية . إلا أنها من مادة أخرى لا تقلل من أهميتها كأثر .

( الثانى ) الغلط في أمر آخر غير مادة الشيء والصفة الجوهرية فيه وشخصية المتعاقد أو الصفة فيها إذا كانت محل اعتبار أساسى في التعاقد : فالنظرية التقليدية خارج هذه الأمور ، تجعل الغلط غير مؤثر دائماً . ومن هذا المنطلق ، كان الغلط في القيمة والغلط في الباعث غير مؤثرين تحت ظلها . أما في منطق النظرية الحديثة ، وفى ظل القانون المدنى المصرى الذى تبناها ، فإنه يمكن للغلط أن يكون مؤثراً ، حتى لو انصب على القيمة (١)

---

(١) راجع من فقهاتنا المصريين الذين يرون أن الغلط في القيمة يمكن له أن يكون مؤثراً ومؤدياً بالتالى إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال : السهورى ، الوسيط ج ١ نبة ١٧٢ - حشمت أبو سميث ، نظرية الالتزام نبة ١٦٣ - أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام نبة ١٢٠ - جمال زكى ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبة ٧٢ . ويلاحظ أن القضاء المصرى ، حتى في ظل قانوننا القديم ، كان يحيل في بعض أحكامه للغلط في القيمة تأثيراً على العقد ، وذلك بخلاف المستقر عليه إلى الآن في القضاء الفرنسى . ففى قضية تتلخص وقائعها في أن تاجر أ اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته عليها بأجرة تتحدد أما على أساس سعر الحميم أو سعر الوزن وفق ما يختاره صاحب السفينة ، واختار هذا الأخير الأساس الأول الذى كان يزيد على الثمانى أضعاف على جهل من صاحب البضاعة ؛ فى هذه القضية حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بإبطال عقد النقل ( استئناف مخطوط ١٦/٥/١٩١٧ ب س ٢٩ ص ٢٩٦ ) . وفى قضية أخرى -



أو الباعث<sup>(١)</sup> أو أى أمر آخر غيرهما ، طالما ثبت أن هذا الغلط كان في ذاته جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه أصلاً ، أو ما كان ليرتضيه بنفس الشروط التى ارتضاء عليها .

مخلص من كل ماسبق أنه : وفقاً للقانون المدنى المصرى ، يقع الغلط مؤثراً ، ويكون من شأنه — إذا توافر فيه الشرط الثانى الذى سوف نبينه حالاً — أن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، إذا كان هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضيه على نحو ما ارتضاء عليه لو أنه لم يقع فيه ، وسواء بعد ذلك أن ينصب الغلط على أمر أو على آخر من أمور التعاقد ، وحتى لو انصب على القيمة أو الباعث .

والأمثلة على الغلط الجوهري كثيرة . وأغلبها ، في اقع حياة الناس ، ينصب على صفة تعتبر أساسية في نظر المتعاقد . وقد سبق لنا أن أوردنا بعض هذه الأمثلة ، عند عرض النظرية التقليدية في الغلط . ونعود الآن لنسوق بعض أمثلة أخرى مستقاة من أحكام القضاء . فقد قضى بأن الغلط يعتبر واقعاً في صفة جوهرية ، وموجباً بالتالى إبطال العقد ، إذا انصب على كون السيارة المشتراة جديدة لم تستعمل من قبل إلا على سبيل التجربة . حالة كونها قديمة وقد سبق أن استعملت كثيراً ، بل إنه قد سبق أن ردها مشتر آخر لهذا السبب عينه<sup>(٢)</sup> . وقضى كذلك بأن الغلط يعتبر جوهرياً إذا

---

= تخلص وقائهما في أن المدين كان ملزماً بوفاء الدين بالعملة المصرية ، فدفع إلى نائب الدائن ( حارس قضائي ) بالعملة الفرنسية ، الذى قبل منه الوفاء اعتقاداً منه عن غلط بأن العقد يطيه الحق في ذلك ، وقضت المحكمة بإلزام المدين بدفع الفرق بين المملتين ( استئناف مخطوط ١١/٢٥ / ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٧٦ ) . وانظر كذلك استئناف مخطوط ١٩٣٤/٤/٣ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . (١) انظر في الغلط في الباعث باعتباره تحولاً لإبطال العقد : السهورى ، المرجع ، السابق نبذة ١٧٣ — حشمت أبوسمتيت ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ — أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٢١ — جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٧٣ — عبد المنعم الصلح ، مصادر الالتزام نبذة ١٦٣ .

(٢) انظر : استئناف مخطوط ١٩٣١/٥/٢٨ ب ٤٣ ص ٤١٥ .



انصب على كون الأرض المشتراة بغرض البناء عليها تقع على شارع عريض حالة كونها لا تقع على شارع أصلاً<sup>(١)</sup> ، وإذا انصب على كون القماش المشتري قابلاً للتفصيل ، حالة كونه لا يقبله<sup>(٢)</sup> . وإذا انصب على كون الحق المحال به مضموناً برهن : في حين أن الرهن قد زال ، بسبب عدم تجديد قيده<sup>(٣)</sup> . كما قضى بإبطال البيع على أساس الغلط الجوهرى في صفة في المبيع : في حالة اشترى فيها قطعة أرض . لبناء مدرسة عليها ، ثم اتضح أن مساحتها أقل من الحد الأدنى اللازم لإنشاء مدرسة<sup>(٤)</sup> . وقضى أيضاً بإبطال عقد منحت الدولة المصرية بمقتضاه حق استغلال قطعة أرض . اعتقاداً من الحكومة بأنها لا تحتوى إلا على كمية ضئيلة من الملح ، ثم ظهر لها أنها تحتوى على كميات كبيرة منه يمكن استغلالها بسهولة وجنى أرباح طائلة من ورائه<sup>(٥)</sup> . وقضى بإبطال بيع شيء اشترى على أساس أنه تحفة أصيلة ، حالة كونه مجرد تقليد<sup>(٦)</sup> . وقضى بإبطال الوفاء الحاصل من غير المدين ، حالة كونه يعتقد عن غلط بأن الدين الموفى به حال بحكم نهائى ومقرر له فوائد<sup>(٧)</sup> .

وإذا وصلنا إلى أن الشرط الأول لإعمال الغلط يتمثل في وجوب أن يكون

- (١) انظر : استئناف مخطط ١٩١١/١/١٩ ب ٢٣ ص ١١٩ - حكم Pau الفرنسية ١٩٦٨/١٢/١٨ ، دالوز ١٩٦٩ ص ٤٦٦ .
- (٢) استئناف مخطط ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
- (٣) استئناف مخطط ١٩٣١/٤/٧ ب ٤٣ ص ٣٣٣ .
- (٤) حكم Orléans الفرنسية ١٨٩٥/١/١٨ ، دالوز ٨٩٥ - ٢ - ٤٧ .
- (٥) استئناف مخطط ١٨٩٢/١/٧ ب ٤ ص ٩٩ .
- (٦) انظر : نقض فرنسى تجارى ١٩٧٠/١٠/٢٠ ، ١٦٩١٦/٢/١٩٧١ Sem. Jur. مع تعليق Ghestin . وانظر أيضاً : باريس ١٩٥٠/٢/٢٧ ، دالوز ١٩٥٠ ص ٣٦٩ - باريس ١٩٥٤/٢/١٢ دالوز ١٩٥٤ ص ٣٣٧ - استئناف مخطط ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
- (٧) انظر : نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ طعن ٣٠٣/٧٩ مجموعة النقض ص ١٦ - ٦٠٣ رقم ٩٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن اعتقاد الموفى غير المدين خطأ بأن الدين الموفى به حال الإداء بمقتضى حكم نهائى ومقرر له فوائد تتمثل غلطاً جوهرياً في صفة أساسية من صفات الدين ، إذ لو لم يكن كان الوفاء ، وأن هذا الغلط مع علم الموفى له به من شأنه أن يؤدي إلى إبطال الوفاء وإعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل حصوله .



جوهرية ، بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، فلا يبقى لنا في خصوص هذا الشرط إلا القول بأن جوهرية الغلط من علمه تتمثل مسألة واقع ، لقاضي الموضوع فيها القول الفصل بدون معقب من محكمة التقص ، طالما جاء تقديره على أسباب سائفة من شأنها أن تحمله .

١٥٢ - الشرط الثاني : يلزم أن يتصل الغلط بالمعاهد الآخر : لا يكفي ، لوقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يشوب الغلط رضاء أحد المتعاقدين ، حتى لو كان هذا الغلط جوهرية ، ولكن يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمعاهد الآخر . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٠ بأنه : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وهذا الشرط لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة . وهو من بعد شرط جديد . لم يقل به الأقدمون من التقليديين . فؤدى مبدأ سلطان الإرادة ، لو أنه أخذ . على إطلاقه . أن يعطى للمتعاقد السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه ، كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى ، دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمعاهد الآخر ، أم لم يتصل به . إذ أن الغلط في كل من الحالتين شاب رضاه ودفعه إلى التعاقد . ولكن هذا الشرط الجديد ، اقتضاه العمل على استقرار التعامل . فأمام الرغبة في العمل على استقرار التعامل ، يضحي القانون بتعيب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب . إذا كان المتعاقد الآخر بعيداً عن العيب لم يتصل به بسبب . إذ أن مؤدى أعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط . ومن شأن ذلك أن تضعيف الصفقة على المتعاقد الآخر ، فينال الضرر . من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط ، إلا إذا وجد ثمة مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر . وقد وجد المشرع هذا المسوغ في كون الغلط متصلاً بذلك الطرف الآخر على نحو أو على غيره ، فتطلب هذا الشرط فيه <sup>(١)</sup> .

---

(١) فالقانون لا يكفي ، لإعمال أثر الغلط في العقد ، بأن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا ينتظر إلى الغلط من زاوية المصايد الغالط وحده ، وإنما ينتظر إليه كذلك من زاوية المصايد =



ويعتبر الغلط الذي يقع فيه أحد المتعاقدين متصلاً بالمتعاقد الآخر في إحدى الحالات الثلاث الآتية :

( أ. ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره في الغلط : وهذه هي حالة الغلط المشترك : أى الغلط الذي يشترك في الوقوع فيه الطرفان كليهما . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة مطلاة بالذهب . معتقداً أنها من الذهب الخالص . ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطئ . فكل من المتعاقدين هنا قد وقع في الغلط . والذي يضار من الوقوع في الغلط هنا هو المشتري . إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة : فإنه ما كان ليشتريها ، أو ما كان ليشتريها بالشئ الذي قبله . والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع ، برغم أن البائع كان حسن النية . وقد قلدر في ذلك أن الرضاء جاء معيماً من المتعاقدين كليهما ، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضراراً به ، تمشياً مع اعتبارات العدالة والمصلحة .

فوق المتعاقدين كليهما في نفس الغلط ينهض بذاته دليلاً على أن أياً منهما معلور في غلطه ، فيغفر له القانون الوقوع فيه : ويكون لصاحب

---

— الآخر ، الذي من شأن دمع العقد بالقابلية للإبطال نتيجة الغلط أن يتهدده بالخطر ، اعتباراً بأنه يحل بأمن تعاقد واستقراره ويجعله قابلاً لزوال وفق مشيئة غريمه . وهي من بعد نظرة لم تفت الفكر القانوني المعاصر فقها وقضاء وتشريعاً ، وأدت به إلى أن يعمد إلى تقييد مجال إعمال أثر الغلط ، وحصره في الحدود التي تتفق مع ما ينبغي للتعاقد من أمن واستقرار .

وقد تواجدت في هذا الصدد عدة أفكار تستهدف كلها عدم التضحية بالمتعاقد الذي يعمل بنظام الغلط إضراراً به ، إلا إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . ولعل هذه الأفكار تركزت في اثنتين أساسيتين : الأولى تقول بعدم تحويل المتعاقد الناظر حق طلب إبطال عقده إلا إذا كان وقوعه في الغلط لم يأت نتيجة خطأ منه ، اعتباراً بأن غلطه هنا يكون مستقراً . فإن كان غلطه غير مستقر ، حرم من حق طلب إبطال العقد . أما الفكرة الثانية ، فهي تنطلق من المتعاقد الذي يعمل للغلط إضراراً به ، وتقوم على عدم ثبوت حق الإبطال ضده ، إلا إذا كان هو قد أخطأ في عدم تبصير غريمه بطلعه على وفق ما يقتضيه الشرف والزاهة في التعامل .

ويبدو أن المشرع آثر أن يعمل هاتين الفكرتين كليهما ، كلا في مجال محدد . فطلب ، لإعمال أثر الغلط ، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في نفس الغلط ، أو علم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل أن يتبين عنه ذلك .



المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد ، اعتباراً بأنه قد وقع في غلط يعذر عنه ويفتقر له .

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذي وقع فيه غريمه : فالغلط المشترك ، وإن كان يحول طلب إبطال العقد ، إلا أنه ليس ضرورياً لذلك . فيمكن أن يكون الغلط فردياً ، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر ، إذا كان هذا الآخر يعلم بوقوع الأول فيه ، وأنه هو الذي دفعه إلى ارتضاء العقد . ففي مثال الساعة السابق ذكره ، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاة بالذهب ، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص : لا يلزم لوقوع البيع قابلاً للإبطال ، أن يكون البائع قد وقع مع المشتري في الغلط . بل يكفي أن يكون عالماً بوقوعه فيه ، بمعنى أن يكون مدركاً أن المشتري قد اعتقد أن الساعة من الذهب ، وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفعه إلى ارتضاء الشراء .

وظاهر هنا أن تضحية مصلحة المتعاقد الذي يقع الإبطال إضراراً به (بائع الساعة في مثالنا) أدعى منها في حالة الغلط المشترك . إذ الفرض أن هذا المتعاقد قد أدرك أن المتعاقد معه قد وقع في غلط جوهرى ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى التعاقد . فكان حرياً به ، والحال هذه ، أن ينبه إلى الغلط الذي وقع فيه . أما ولم يفعل ، فهو سىء النية ، وكان خليقاً بتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه .

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين أن غريمه قد وقع في الغلط : فلا يلزم ، لوقوع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره في الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه . بل يكفي أن يكون من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . حتى لو لم يتبينه بالفعل . والظروف الملائمة للعقد ، وما ينبغى في التعامل من حسن النية ، هى التى تثير السبيل أمامنا لتحديد ما إذا كان من السهل على المتعاقد أن يتبين أن غريمه قد وقع ضحية للغلط أم لا . والأمر من بعد يتعلق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل . فإذا ارتضى شخص ، مثلاً ، أن يدفع في تمثال رغب في شرائه ألف جنيه ، حالة كونه لا يساوى في الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات ،



معتقداً عن غلط أنه أثرى ، في هذه الحالة ، ينهض الغلط سبباً للإبطال ، حتى لو كان البائع لم يقع بدوره في الغلط ، ولم يعلم بوقوع المشتري فيه ، إذ أنه كان من السهل عليه أن يبين أن المشتري قد وقع في الغلط ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى ارتضاء الشراء . ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعي أساسه الشخص العادي .

ولتضحية مصلحة المتعاقد الذي تقرر قابلية العقد للإبطال إضراراً به . حينما يكون من السهل عليه أن يبين أن غريمه قد وقع فريسة للغلط ، لتضحية مصلحته هنا ما يبررها . فهو إن لم يكن سيء النية أو غاشاً ، فهو مقصر تقصيراً جسيماً . لعدم تبينه وقوع المتعاقد الآخر في الغلط . والتقصير الجسم يتساوى مع الغش .

يظهر مما سبق أنه لا يكفي . بحسب الأصل . لإعمال أثر الغلط المتمثل في دفع العقد بالقابلية للإبطال : أن يكون جوهرياً ، بل يلزم أيضاً أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون هذا قد وقع بدوره في الغلط ، أو علم بوقوعه فيه . أو كان من السهل عليه أن يبين عنه ذلك <sup>(١)</sup> .

#### ٨٥٣ - الغلط في الواقع والغلط في القانون :

ينقسم الغلط ، بالنسبة إلى الأمور التي يرد عليها . إلى نوعين أساسيين : غلط في الواقع . وغلط في القانون .

(١) وإذا كان شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر الذي فرضته المادة ١٢٠ قد جاء بهدف إحاطة العقد بالأمن والاستقرار وعدم تقصية مصلحة الطرف الآخر إلا إذا وجد المسوغ والمبرر ؛ إذا كان ذلك ، فإنه كان أولى بالشرح أن يقصر هذا الشرط على المعاوضات دون التبرعات . فالتبرع له يأخذ ولا يعطى ، في حين أن المتبرع يعطى ولا يأخذ . وهذا ما يستلزم أن تكون إرادة المتبرع سليمة خالية من كل العيوب التي تشوبها ، وذلك بنقض النظر عن موقف المتبرع له من هذه العيوب . وقد تدارك القانون المدنى الكويتى هذا الأمر ، فلم يشترط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر إلا في المعاوضات دون التبرعات ( المادة ١٤٧/٢ ) . وقد عم هذا الحكم على التبدليس والإكراه ، مكتفياً بإبطال التبرع أن تكون إرادة المتبرع قد جاءت نتيجة العيب ، حتى لو كان المتبرع له بعيداً كل البعد عنه . راجع في ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام في القانون المدنى الكويتى - نظرية العقد نبذة ١٥٤ و ١٦٤ و ١٧٤ .



فالغلط في الواقع أو في الوقائع ، هو ذلك الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها ، كمادة الشيء محل التعاقد أو صفاته وكشخصية المتعاقد . وكل الأمثلة التي ذكرناها فيما سبق تدخل في هذا النوع من الغلط .

أما الغلط في القانون : فهو ذلك الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد ، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القانون يقضى في ذلك الأمر بحكم معين ، في حين أنه يقضى في الحقيقة بحكم مخالف . ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تخلف عقباً . فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له في تركتها الربع ، ويبيع حصته فيها مدفوعاً بهذا الاعتقاد . وهو اعتقاد خاطئ ، إذ أن القانون هنا يفرض للزوج نصف تركته وزوجته ، وليس ربهما فحسب . ومثال الغلط في القانون أيضاً أن يشتري شخص قطعة أرض معتقداً أن القانون يمنحه حق البناء عليها ، حالة كونه في الحقيقة يحظره . ومن أمثلة الغلط في القانون كذلك . مما عرض على المحاكم في فرنسا . أن يبيع شخص سلعة معينة بثمان محدد . اعتقاداً منه بأنها مسعرة جبرياً . حالة كونها غير ذلك في الحقيقة (١) .

وقد قام الشك ، في وقت ما . حول أثر الغلط في القانون على العقد الذي يجهل نتيجته . وخيل للبعض أن هذا الغلط يقع غير مؤثر . وكان دافعهم إلى ذلك الفهم الخاطئ لقاعدة أساسية ، هي قاعدة عدم العبر بجهل القانون .

والحقيقة أن إعمال هذه القاعدة الأخيرة لا يتناقض إطلاقاً مع إعمال الغلط في القانون ، إذا ما وقع (٢) . فحكم القانون يطبق دائماً ، مالم تتضمنه قاعدة مفسرة ، وانفق على استبعاده . ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتعاقدان عالين أو جاهلين به . لكن إذا ارتضى أحد المتعاقدين عقداً ما ، حالة كونه يجهل حكم القانون بشأن أمر من أموره ، فلا من شأن هذا الغلط

(١) انظر حكم Montpilier الفرنسية ٢٣ أكتوبر ١٩٥١ ، دالوز ١٥/١٩٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدني ج ٢ الالتزامات نبذة



أن يجعل رضائه غير سليم . فالزوج الذى يبيع حصته فى تركة زوجته التى لم تخلف عقباً . اعتقاداً منه بأنه يرث فيها الربع ، فى حين إنه يرث النصف . يقع رضائوه بهذا البيع معيباً . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن الشخص لا يعتبر بمجهله القانون . لأن مؤدى هذه القاعدة أن القانون يطبق على الشخص سواء أكان يعلم أو يجهل حكمه . والقانون فى حالتنا يطبق على نصيب الزوج فى تركة زوجته ، فيأخذ النصف ، برغم جهله حكمه . ولكنه حينما باع حصته فى تركة زوجته ، جاء رضائوه بهذا العيب مشوباً بالغلط . فجهله بحكم القانون أثر فى رضائه . وجعله يرتضى البيع ، فى حين أنه ما كان ليرتضيه بدون . ومؤدى ذلك ثبوت الحق له فى طلب إبطال البيع ، لا على أساس أنه يريد التهرب من حكم القانون الذى بمجهله : بل على التقيض من ذلك . هو يريد إعمال هذا الحكم ، كل ما فى الأمر أنه يدعى وبحق أن رضائه بالبيع الذى أجراه لم يأت سليماً ، بسبب جهله لحكم القانون .

هكذا نخلص إلى أن الغلط فى القانون يتساوى تماماً مع الغلط فى الواقع ، بمعنى أنه يؤدى مثله إلى اعتبار العقد قابلاً للإبطال <sup>(١)</sup> . بشرط أن يكون جوهرياً وأن يتصل بالمعاقلة الآخر ، على النحو الذى حددناه فيما سبق . وهذا ما لم يقض القانون بغيره . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٢ بأنه : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

وإذا كان الغلط فى القانون يؤدى إلى وقوع العقد الذى أبرم على أساسه قابلاً للإبطال . بنفس الشروط ، وفى نفس الحدود التى يجب مراعاتها فى الغلط فى الواقع ، فإننا لا نفرق فى ذلك بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد

(١) وهذا هو الحكم الذى تدير عليه محكمة النقض الفرنسية ، برغم عدم وجود نص يقرر الإبطال لغلط فى القانون . انظر نقض فرنسى مدنى ٩ فبراير ١٩٧٠ ، ١٩٧٠ Gaz. Pal. ١ - ٣٤٠ ، نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ ، ١٧ ، وتعليق Lenoan نقض مدنى فرنسى ١٥ يونيو ١٩٦٠ ، ١٩٦١ Sem. Jur. ٢ - ٢٢٧٤ ، وتعليق Voinر ومنشور أيضاً فى سيري ١٩٦١ - ١ - ١ مع تعليق Savatier .



القانونية المقررة أو المفسرة . فالغلط في حكم القانون ، بالنسبة إلى هذين النوعين ، بمتزلة سواء<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن الغلط في القانون ، حينما يكون من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، يؤدي بالضرورة إلى غلط في واقعة من واقعات العقد . فالزوج الذي يبيع ، مثلاً ، حصته في تركة زوجته معتقداً أن له فيها الربع ، حالة أن له فيها النصف بسبب كونها لم تنجب عقباً . يقع في غلط في حكم القانون . وهذا الغلط يجره إلى غلط من نوع آخر ، هو غلط في واقع العقد ذاته ، إذ أنه وقع في غلط بالنسبة إلى القدر المبيع والقيمة التي حصل بها البيع . ومن يشتري أرضاً باعتقاد أن له حق البناء عليها ، حالة كون القانون يحظره . يقع في غلط في القانون ، وهذا الغلط يؤدي به إلى الوقوع في غلط في الواقع ، حيث إنه ينصب على صفة في الأرض المبيعة ، هي قابليتها للبناء عليها . وهكذا فحينما يكون الشخص واقعاً في غلط في القانون يستطيع في الحقيقة أن يتمسك بهذا الغلط وبالغلط في الواقع في آن معاً .

وإذا كان الغلط في القانون ، شأنه في ذلك شأن الغلط في الواقع ، يؤدي عند توافر الشروط القانونية المتطلبية إلى دمج العقد ، بل والتصرف القانوني عموماً ، بالقابلية للإبطال ، فإن ذلك لا يعدو أن يكون تقريراً لمبدأ عام حرص المشرع نفسه على أن يصرح بإمكان ورود الاستثناء عليه ، إذا قضى القانون بذلك .

---

(١) والسبب في الأمر أن أغلب الفقهاء في مصر وفي فرنسا يقصرون إبطال العقد على الغلط في القانون الذي تتضمنه القواعد المقررة ، دون ذلك الذي تتضمنه القواعد الآمرة . بل إن الأصعب من ذلك أنهم ، برغم إجرائهم التفرقة السابقة ، يسمون ، عند إعطائهم أمثلة الغلط في القانون المؤثر في العقد ، إلى سرد حالات من الغلط الواقع في حكم القواعد الآمرة . والسبب الذي دما الفقهاء إلى إجراء التفرقة هنا بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة هو الخلط الشائع الذي وقعوا فيه بين الغلط في القانون وقاعدة عدم المذبحجهل القانون ، التي رأوها بدورها مقصورة على النوع الأول من القواعد القانونية ، دون الثاني . والحقيقة أن الغلط في القانون شيء وعلم جواز المذبحجهل شيء آخر ، وأن كلا من هاتين القاعدتين تسرى على القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة ، دون تفرق .



ومن الاستثناءات المقررة على قاعدة أن الغلط في القانون يمكن له أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ما تقتضيه المادة ٥٥٦ مدني من أنه : « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » . ومن هذه الاستثناءات أيضاً ما يمكن الوصول إليه : تفسيراً للمادة ٢٢٧ مدني ، من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانوني ، اعتقاداً من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه ، فإن الجزء لا يكون في إبطال العقد ، وإنما في إنقاص الفائدة إلى الحد القانوني فحسب <sup>(١)</sup> . وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شيء مما يختص للتشريع الإيجاري الاستثنائي بأجرة تزيد على الحد القانوني ، اعتقاداً من المؤجر عن خطأ أن هذا الشيء لا يخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تدخل في النصاب القانوني ، فلا يكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط ، إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانوني للإيجار ، أو طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني . وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تحديداً حصرياً الأحوال التي يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر ، وليس من بينها إبطال العقد للغلط في القانون <sup>(٢)</sup> .

وإذا امتنع ، استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة ١٢٢ ، التمسك بالغلط في القانون ، فإنه يتمتع بالضرورة التمسك بالغلط في الواقع الذي يؤدي هو إليه .

#### ١٥٤ - أثر الغلط :

يخلص مما سبق أنه إذا كان الغلط جوهرياً ، بمعنى أنه بلغ من الجسامه حداً بحيث كان يمتنع معه المتعاقد الذي وقع فيه عن أن يتعاقد لو أنه تبين وجه الحقيقة . واتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر ، بأن وقع بدوره فيه ، أو كان على علم بأن غريمه قد وقع فريسته ، أو في الأقل كان من السهل أن

---

(١) راجع : السجوري ، المرجع السابق ، نبة ١٧٤ - عبد المنعم الصده ، المرجع

مرجع السابق نبة ١٦٥ .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده - المرجع السابق نبة ١٦٥ .



أن يثبت عنه ذلك ؛ إذا توافر هذان الشرطان كلاهما أنتج الغلط أثره ،  
وسواء بعد ذلك أكان غلطاً في الواقع أم غلطاً في القانون .

ويرتكز أثر الغلط في جعل العقد قابلاً للإبطال ، على النحو الذي  
سنبينه فيما بعد ، عند الكلام في الجزاء المترتب على عدم توافر شروط  
صحة العقد . بل إن الغلط . شأنه في ذلك شأن باقي عيوب الرضا ، لا يمنع  
بالقابلية للإبطال العقد وحده . وإنما التصرف القانوني بوجه عام ، أي حتى  
التصرف الصادر بإرادة واحدة ، كالأوصية والوعد بجائزة وترك الخصومة  
في الدعوى<sup>(١)</sup> .

ووقوع المتعاقد في غلط ، وتحقق توافر شروط إعمال هذا الغلط .  
مسألة من مسائل الواقع ، يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ، دون أن يخضع  
في ذلك لرقابة محكمة النقض ، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة  
تبرره ، شأن الغلط في ذلك شأن غيره من عيوب الرضاء الأخرى<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر في إمكان الطعن بالغلط في ترك الخصومة ، نقض ١١/٢٤/١٩٧٦ ،  
طعن ٤٥٠/٣٢ في مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٦٤٩ رقم ٣٠٤ . وانظر أيضاً في إمكان الطعن في  
التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة بوجه عام ، نقض فرنسي ملف ( دائرة أولى ) ٩ فبراير  
١٩٧٠ Rev. trim. dr. civ. سنة ١٩٧١ ص ٧٥١ ، ومنشور أيضاً في Bull. civil  
رقم ٤٧ ص ٧٨ وتعليق Loussouran . وانظر أيضاً بالنسبة إلى الغلط في الزوال عن  
التركة renonciation à la succession ، نقض ملف فرنسي ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨  
ص ١١٧ وتعليق Lenco ، ومنشور أيضاً في سيري ١٩٤٩ - ١ - ١٠٢ مع تعليق  
Delaun - نقض ملف فرنسي ١٢ يناير ١٩٥٣ ، دالوز ص ٢٣٤ - نقض ملف فرنسي  
١٥ يونيو ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦١ - ١ .

ويلاحظ أن الغلط إذا كان يؤثر في التصرف القانوني الصادر بإرادة واحدة ، عل نحو  
ما يؤثر في العقد ، إلا أنه لا يلزم لإعماله فيه توافر الشرطين اللازمين لإعماله في مجال العقد  
كليهما . وإنما يكفي فيه بأن يكون جوهرياً . أما الشرط الثاني المطلوب في مجال العقد ، وهو أن  
يكون الغلط متصلاً بالمصايد الآخر ، فهو ليس بلامزم بطبيعة الحال ، في مجال التصرف تصدر  
بإرادة واحدة ، لأنه يقع هنا غير في موضوع . وما قلناه بصدد الغلط يسري أيضاً على التدليس  
والإكراه .

(٢) انظر : نقض ١٣/٣/١٩٧٣ طعن ٣٨/٣٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٤  
ص ٣٩٦ رقم ٧٠ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ٢/٢١/١٩٧٧ طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجاري . =



والقضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط لا يمنع القاضي من الحكم ، زيادة عليه ، بالتعويض لمن وقع ضحيته ، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال في رفضه عنه . وكان هذا الضرر ناجماً عن خطأ ارتكبه الطرف الآخر وأدى بالأول إلى أن يجيء رضاه مشوباً بالعيب المبطل ، كما إذا علم بوقوعه في الغلط . فلم ينبه إليه . متجافياً في ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة التعامل . وهذا الحكم لا يعلو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية التصيرية<sup>(١)</sup> . ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

### ١٥٥ — علم المتكسب بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

رأينا أنه إذا وقع المتعاقد في غلط ، توافر فيه شرطاه اللذان حددناهما ، كان له أن يطلب إبطال العقد . وحق المتعاقد في إبطال العقد على أساس الغلط ليس مطلقاً . فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية . وفي ذلك تقضي

---

= وقد جاء في هذا الحكم : « أن تقرير وقوع المتعاقدين في الغلط يعتبر ، كشأن باقي عيوب الرضا التي ترد على العقود ، من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب ، متى أقيم تقديره لهذا الواقع على ما ينتج عنه » .

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/٦/٢ ملن ٣٦/٣٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٩٦١ رقم ١٥٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يجوز القضاء بطلان العقد ( الصحيح إبطال العقد ) إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقفاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد . ويجوز مع القضاء بطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر لأحد المتعاقدين ، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد ، بل على اعتباره واقعه مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التصيرية في جانب المتعاقدين الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال » . والحكم في ذاته صحيح في مجموعه . إلا أننا نلاحظ على صياغته اتساعها بالعمومية في تحديد الطرف الذي يثبت له التعويض . فقد جاء فيه قوله إنه يجوز الحكم بالتعويض إذا ترتب على الإبطال ضرر « لأحد المتعاقدين » ، الأمر الذي قد يفهم منه أن هذا التعويض قد يكون لهذا العقد أو لذلك ، في حين أنه لا يكون في الحقيقة إلا للعقد الفالط وحده ، دون غيره . ذلك لأنه ، حتى إذا سلمنا بإمكان نسبة الخطأ ابتداء إلى المتعاقدين الفالط عتماً وقع في الغلط المبطل للعقد ، فإن الطرف الآخر إما أن يكون قد وقع بدوره في نفس الغلط ، وهنا لا يحق له أن يتأذى من أمر هو نفسه واقع فيه ، وإما أن يكون عالماً بوقوع غيره في الغلط ، أو كان بإمكانه أن يعلم به لو أنه بذل الحرس الواجب ، وهنا يكون هذا المتعاقدين الآخر مرتكباً خطأ هو بالضرورة أفحش مما ارتكبه العقد الفالط .



المادة ١٢٤ بأنه : « ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » .

فلا يسوغ للشخص أن يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . فالغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه . دون أن يحجره إليه المتعاقد الآخر ، أو فى الأقل . دون أن يحجره إليه بما يصل إلى مرتبة الحيلة والخداع . فغلطه إذن يعزى إليه قبل كل شيء . فإن أراد أن يتمسك به ، بغية الوصول إلى إبطال العقد ، وجب ألا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع ما يوجب عليه حسن النية وشرف التعامل . وإلا كان متعنتاً فيها يطلب من حماية القانون ، ولزم رفض دعواه .

ومن أبرز الحالات التى يظهر فيها التعنت ، والتى خصصها المشرع بالذكر أن يصير الغالط على إبطال العقد والخلاص كلية من أى تعامل مع غريمه ، إذا أظهر هذا الأخير استعداده أن يحجرى التعامل معه على نحو يتمشى مع حقيقة ما قصده هو ، أى الغالط ، عند إبرام العقد ، أى على نحو يرتفع عنه أثر الغلط . بل حتى ولو لم يرتفع هذا الأثر كلية . وكان من شأن إعادة الصفقة أن تحمل الغالط بالقليل مما لا يبهظه من تصحية . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة من ماركة معينة . اعتقاداً منه بأنها من الذهب الخالص ، حالة كونها من النحاس . فيصر على التخلص من الصفقة كلية ، برغم أن البائع يعرض عليه ، بالثمن عينه أو حتى بثمان يزيد قليلاً ، ساعة من الذهب الخالص من نفس الماركة والشكل . فمن البدهة أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يستهدف الشخص من التمسك بالغلط شيئاً يزيد على تحلصه من نتيجة وقوعه فيه ، بل حتى لو كان من شأن ذلك أن يحمله باليسر مما لا يبهظه .

#### ١٥٦ - الغلط المادى :

يجب عدم الخلط بين الغلط : باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وبين الغلط المادى الذى يجىء فى عبارة العقد . فالأول . كما بينا ، اعتقاد خاطئ أو وهم



كاذب يتولد في ذهن المتعاقد ويدفعه إلى التعاقد . وهو بذلك يفسد منه الرضاء . أما الغلط المادى ، فيقصد به مجرد زلات الحساب أو القلم . وهو بهذه المثابة لا يؤثر في الرضاء . إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح ، ولكن وقع غلط بعد ذلك في الحساب أو في تحرير العقد . فالغلط المادى لا يعلو أن يكون مظهر آ غير صحيح لرضاء هو في ذاته سليم <sup>(١)</sup> . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان . ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشتري ألفان جنيه ، بدلا من ألفين وخمسمائة ، أو أن يدفع المشتري من هذا الثمن ألف وخمسمائة ويتبقى عليه ألف ، فيذكر في العقد العكس .

ومادام الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء ، فإنه لا يمس صحة العقد . بل يقتصر الأمر على تصحيح ما جاء مغلوطا . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٣ بأنه : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب . ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط » .

ولكن إذا كان الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء ولا يمس صحة العقد ، إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال . ومثال هذه الحالة ، أن يعتمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها ، فيخطئ الحساب ، ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة ، في حين أنه ما كان ليقبل البيع به . لو أنه لم يخطئ ، في مثل هذه الحالة :

(١) راجع نقض ١٦/١/١٩٦٩ طعن ٣٤/٤٥٧ ق مجموعة النقض س ٢٠ من ١١١ رقم ١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مجال تطبيق المادة ١٢٣ من القانون المفق للغلطات في الحساب وغلطات القلم ، أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد . فلا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بتم بدلا من ختم آخر ، لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ، ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المفق ( أحكام القانون المفق المتعلقة بالإثبات ألغيت بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وحلت محلها الأحكام التى جاء بها هذا القانون ) التى تقضى بأن الورقة تعتبر صادرة من موقعها .



يؤدى الغلط فى الحساب إلى الوقوع فى غلط يشوب الرضاء ، وهو غلط فى قيمة الشيء . ومؤدى هذا الغلط الأخير أن يجعل العقد قابلاً للإبطال ، مادام هو جوهرياً ، ومتصلاً بالمتعاقد الآخر .

### ١٥٧ - فكرة الغلط فى الفقه الإسلامى :

لم يتناول فقهاء المسلمين الغلط ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، فى مؤلفاتهم ، ولم يولوه من العناية ما أولوه للتدليس والإكراه ، اللذين أحاطواهما ، و على الأخص أخيرهما . ببالغ الرعاية والاهتمام .

والحق إن الغلط ، باعتباره أمراً نفسياً تلقائياً ، يقوم على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد ذاتياً لدى صاحبه بطريقة عفوية تلقائية ، لا يتمشى مع ما يسود شريعتنا الإسلامية من نزعة موضوعية مادية . فهذه الشريعة السمحة ، فى علاقة الناس بعضهم ببعض . تغلب ما يظهر لهم على ما يحق عليهم ، استقراراً للمعاملات بينهم ، ومنعاً للقلق والاضطراب . ونجد تطبيقاً لذلك أن الفقه الإسلامى يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة عند تعارضها <sup>(١)</sup> . ومؤدى هذه الفكرة ذاتها أنه لا يعتد ، فى إبرام التصرفات ، بالغلط بمعنومه العلمى الصحيح . أى باعتباره وهماً يخالف الحقيقة ، ويتولد تلقائياً عند صاحبه .

١٥٨ - ومع ذلك فقد رأينا فقهاء معاصراً فذاً . هو الأستاذ الكبير السنهورى <sup>(٢)</sup> . يحاول أن يجد لنظرية الغلط . على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، صدى أميناً فى الفقه الإسلامى . وقد جذب إلى فكرته بعض الفقهاء الآخرين <sup>(٣)</sup> .

وتركز فكرة الأستاذ السنهورى فى أن الفقه الإسلامى يعرف ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الغربى التقليدى ، الغلط المانع والغلط المؤثر .

- 
- (١) راجع ، فى ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى ، نبة ٤١ .  
(٢) انظر السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١١ وما بعدها .  
(٣) انظر مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، ج ١ طبعة ٩ نبة ١١٩ وما بعدها - عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، نبة ٢٢٦ وما بعدها . وقارن شفيق شحاته ، المرجع السابق نبة ١٥٧ وما بعدها .



فالغلط المانع يكون عند اختلاف الجنس ، أو اتحاده مع التفاوت الكبير في الوصف . ومثال الحالة الأولى ، أى اختلاف الجنس . أن يبيع شخص ياقوتاً ، فإذا بالمبيع زجاج . أو يبيع حنطة . فإذا بالمبيع شعير . أما الحالة الثانية ، وهى حالة اتحاد الجنس مع التفاوت الفاحش في الوصف<sup>(١)</sup> ، فمثلاً أن يبيع شخص داراً من آجر فإذا بها من لبن ، أو يقول شخص لآخر : بعثك هذا الغلام ، فإذا بالمبيع جارية<sup>(٢)</sup> . ويؤدى الغلط المانع في الفقه الإسلامى ، على حد تعبير الأستاذ السهورى ، إلى منع انعقاد العقد ، وإن كان يضيف ، تعليلاً لذلك قوله : لأن المخل يكون معدوماً .

أما الغلط المؤثر . فقد رآه صاحب الفكرة فيما يلى :

(أ) **تفاوت الوصف دون تفاحش** : وهنا يكون الجنس متحداً بين الشيء الذى ارتضته ارادة العاقد والشيء الموجود بالفعل . ولكن الوصف المرغوب فيه ، غير متوافر . دون تفاحش . ومثال ذلك أن يبيع شخص ياقوتاً أحمر . فإذا هو ياقوت أصفر ، أو أن يبيع بقرة ، فإذا بها ثور ، أو ناقة ، فإذا هى جمل .

وفى هذه الحالة ، يرى صاحب الفكرة أن الغلط يقع مؤثراً . من حيث أنه يخلو صحيته إما الإبقاء على العقد بحالته ، وإما فسخه<sup>(٣)</sup> .

---

(١) فقهاء المسلمين يطون التفاوت الفاحش في الوصف المرغوب حكم الاختلاف في الجنس ، أو هو يؤدى ، على حد تعبير بعضهم ، إلى اعتبار الشئين جنسين مختلفين في المعنى ، فيكون حكمه حكم اختلاف الجنس في الحقيقة ( انظر فتح القدير ، ج ٥ ص ٢٠٦ ) .

(٢) يلاحظ أن فقهاء المسلمين يقررون أن اختلاف الحيوانات في الذكورة والأنوثة لا يعتبر اختلافاً فاحشاً في الوصف ، كما إذا باع حيواناً على أنه بقرة ، فإذا به ثور . أما في بين الإنسان من كانوا يعتبرون عبداً وإماء ، فالاختلاف في الذكورة والأنوثة ، كان يعتبر اختلافاً فاحشاً في الوصف ، يؤدى إلى اعتبار الخلاف في حكم ذلك الواقع في الجنس ، وذلك للاختلاف بين الجسم في المنفعة المقصودة من الجارية والبيد .

(٣) ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغلط واضحاً المصاحف الآخر ، بأن كان قد صدر من القاطع ما استطاع أن يستشف منه غلطه ، أو استطاع أن يستشف هذا الغلط دلالة من ظروف الصاقد .



(ب) **الغلط في شخصية المتعاقد** ، إذا كانت محل اعتبار في العقد ، ومثال ذلك أن تزوج المرأة من الرجل ، فإذا هو ليس كفؤاً لها ، أو به عجز أو مرض يحول دون المقصود من الزواج . وكما إذا تنازل الشفع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري هو شخص معين يطمئن إليه ، فإذا به آخر يخشى منه . ومثال ذلك ، في النهاية ، اجارة الظئر لإرضاع طفل ، ثم ظهور أنها مريضة أو فاسقة ، أو عدم ملائمة لبنها لصحة الطفل .

وهنا أيضاً يقع الغلط مؤثراً . ويكون للغالط أن يبق على العقد أو يفسخه .

(ج) **الغلط في القيمة** : الغلط في القيمة ، إذا صحبه غبن ، يؤدي إلى منح صاحبه الحق في الإبقاء على العقد أو فسخه ، بشرط أن يكون هذا الغلط قد جاء نتيجة التفرير أو التدليس . وهذا ما يسمى بخيار الغبن .

هذا تلخيص . نعتقد أنه أمين ، لفكرة الأستاذ الكبير السنبوري . وواضح أنه يستهدف بها إظهار أن الفقه الإسلامي يعرف نظرية الغلط على نفس النحو الذي عرفها عليه الفقه الغربي . وكأنك ، حينما تستعرض النتيجة التي وصل إليها ، ترى فيها صورة تكاد ، في أصولها ، أن تكون مطابقة لما يتضمنه فقه القائل المعاصر في نظريته التقليدية للغلط .

١٥٩ - وهذه الفكرة . من فقيها الفذ . محل نظر عندنا . فهي لا تبدلونا سليمة ، لا في أساسها ، ولا في غايتها .

فن ناحية أولى . فكرة الغلط في ذاتها لا تتسق مع النزعة الموضوعية المادية التي تسود الفقه الإسلامي ، على نحو ما بيناه<sup>(١)</sup> ، وذلك باختلاف التفرير والاكترأه والغبن . فهذه العيوب الثلاثة الأخيرة خلافاً للغلط ، تصطبج بأحور مادية ظاهرة . هي الاختيال أو الضغط أو عدم المساواة في العقد . الأمر الذي تفهم معه اهتمام الفقه الإسلامي بها دونه .

ومن ناحية ثانية ، فإننا نكاد لا نجد في الفقه الإسلامي اهتماماً بالغلط

---

(١) راجع ما سبق ، نبة ١٠ .



باعتباره عيباً يشوب لذاته وبمجرد الرضاء بالعقد . بل ان اصطلاح « الغلط » في ذاته يكاد يكون غير مألوف لدى الفقهاء .

ومن ناحية ثالثة ، فان المحاولة الذكية التي لجأ إليها الفقيه الكبير لاستنتاج التقارب ، ان لم يكن التشابه ، بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر بالنسبة إلى الغلط ، ليست ناجحة . واطهاراً لذلك نقول :

( أ ) بالنسبة إلى اختلاف الجنس والتفاوت الفاحش في الوصف ، لم يلجأ فقهاء المسلمين إلى فكرة الغلط لإبطال العقد . بل انهم لم يلجأوا حتى إلى التراضى للوصول إلى انعدامه ، كما تفعل نحن اليوم في القانون المعاصر بصدد ما يسمى بالغلط المانع . ولكنهم أبطلوا العقد تأسيساً على انعدام محل الالتزام ، أو ما يسمى عندهم المعقود عليه . وهم في ذلك يقولون انه إذا اختلف الجنس ( كما إذا قال بعتك هذا الياقوت ، فإذا هو زجاج ) ، أو وقع التفاوت الفاحش في الوصف ( كما إذا قال بعتك هذه الدار المبنية من الآجر ، فإذا هي من لبن ) ، فإن العقد لا يتعقد أصلاً ، لأن العاقد قصد شيئاً ، في حين أن هذا الشيء بذاته غير موجود في الحقيقة . فالعقد هنا يطل لأن المعقود عليه معلوم . والمعلوم لا يصبح أن يكون محلاً للعقد في الفقه الإسلامى ، كأصل عام . وهكذا فبطان العقد هنا ، وفق منطق الفقه الإسلامى ، لا يقع تأسيساً على انعدام الرضاء . كما ذهب استاذنا السهورى ، ولكن تأسيساً على انعدام المحل . وهو أمر يعترف هو نفسه <sup>(١)</sup> به ، كما إنه ظاهر بوضوح من كتابات بعض فقهاء الشرع الإسلامى <sup>(٢)</sup> ، ويبين بشكل يكاد يكون قاطعاً في المحلة <sup>(٣)</sup> .

(١) يمد أن قال الأستاذ السهورى ( مصادر الحق في الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١٣ ) أن الغلط في جنس الشيء يمنع انقضاء العقد ، استطرد يقول : « لأن المحل يكون معلوماً » . في حين أنه مؤدى الغلط المانع أن يمنع انقضاء العقد لانعدام الرضاء ، وليس لانعدام المحل .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية ( ج ٢ ص ١٣٤ ) : « لو باع فصال أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك ، فقال بعتك هذا للتلام ، فإذا هو جارية : كان البيع باطلاً ، لأنها جنسان مختلفان فيكون هذا بيع معلوم » . وجاء في الزيلعى ( ج ٤ ص ٥٣ ) : « ثم إذا كان المتبرع هو المسمى عند اختلاف الجنس ، يقع البيع باطلاً ... لأنه معلوم . وبيع المعلوم لا يجوز إلا في السلم » .

(٣) فيمد أن جاءت « المحلة » ، في المادة ٢٠٥ منها ، تقرّر الأصل العام في أن بيع المعلوم باطل ، جاءت في المادة ٢٠٨ منها تقول : « إذا باع شيئاً وبين جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع . فلو باع زجاجاً على أنه ألماس ، بطل البيع » .



(ب) بالنسبة إلى اختلاف الوصف دون تفاحش ، كما إذا باع ياقوتا أحمر ، فإذا به أصفر ، أو بقرة فإذا بها ثور ، ينول الفقه الإسلامى للعقد إما الإبقاء على العقد كما هو : وأما فسحه . وقد أرجع الأستاذ السهورى ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر . وهذا لا يتسق إطلاقاً مع ما جاء فى كتابات الفقهاء المسلمين . فجميع الأمثلة التى تضمنتها عبارات الفقهاء المسلمين والتى أوردتها الأستاذ السهورى نفسه ، والتى يثبت فيها خيار الفسخ ، لا تخرج عن حالات ثلاث : (١) إما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسبوقاً بعبارته : « على أنه » . كما هو الشأن فى المثل السائد الذى يقول : « إذا باع ليلاً فصاعداً على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، أو ذاك الذى يقول : « لو اشتري كتاباً على أنه من تأليف محمد »<sup>(١)</sup> . فظهر أنه كتاب غيره » (٢) وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى فى العقد ، كما إذا قال : « بعثك هذا الفص من الياقوت الأحمر » . فظهر أصفر (٣) . وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستقلاً دالة من ظروف التعاقد ، كما إذا اشترى شخص عبداً شهرته أنه خياز . أو أنه كاتب ، فظهر غير ذلك . ومن هذه الأمثلة الثلاثة يبين : أن خيار الفسخ ، عند اختلاف الوصف ، لا يثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشروطاً فى العقد ، إما صراحة ، أو إشارة أو دلالة . وهكذا فرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط : كما ذهب استاذنا السهورى ، ولكن إلى الاختلال بشرط تضمنه العقد ، إن صراحة أو إشارة أو دلالة ، بقوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط . وهذا هو بالفعل أساس ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى ، « خيار الوصف » . وقد جاءت المحلة تقر هذه الفكرة<sup>(٢)</sup> .

(١) المقصود هو محمد بن الحسن الشيبانى ( المتوفى سنة ١٨٩ هـ ) . وهو صاحب الثانى للامام الأكبر أبو حنيفة ، يد أبو يوسف .

(٢) فقد جاءت ، تحت عنوان « فى بيان خيار الوصف » ، تقول فى المادة ٣١٠ منها : « إذا باع مالا بوصف مرغوب ، فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشتري غيراً ، وإن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى . ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يكون المشتري غيراً . وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، غير المشتري » .



هكذا يبين أن خيار الفسخ، لقوات الوصف، لا يرجع إلى فكرة الغلط . ولكن إلى فكرة اشتراط الوصف المرغوب، ثم تخلفه . وليس أدل على ذلك من عدم ثبوت ذلك الخيار، عند عدم اشتراط هذا الوصف . ومثال ذلك أن يبيع شخص مصلح غير عالم بأنها خمر، أو أن يبيع ثوباً مروباً<sup>(١)</sup> معتقداً أنه غير ذلك، وكما إذا قال البائع : « أبيعك هذا الحجر، فإذا هو ياقوتة » . في كل هذه الأمثلة يرى فقهاء المسلمين أن البيع يقع لازماً، ولا يثبت فيه للبائع خيار الفسخ . برغم أنه وقع في غلط جوهرى، وحتى لو كان المشتري يعلم بحقيقة المبيع .

(ج) بالنسبة إلى الاختلاف في الشخصية : يقول الأستاذ السهورى أن الفقه الإسلامى يقر الغلط في الشخصية إذا كانت محل اعتبار في التعاقد . ويضرب لذلك عدة أمثلة أهمها زواج المرأة برجل يتضح لها أنه ليس كفواً لها، وتنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري شخص معين، ثم يتضح له أنه شخص آخر، واجارة الظئر التي يبين عدم صلاحها لإرضاع الطفل . والحقيقة أن الغلط هنا لا يلعب أى دور، وأما ثبوت خيار الفسخ يرجع إلى اعتبارات أخرى تختلف باختلاف كل حالة .

فبالنسبة إلى الزواج، لا يرجع خيار الفسخ عند انتهاء الكفاءة، إلى فكرة الغلط، وإنما إلى وجوب حماية المرأة من زواجها برجل لا يكون لها كفواً . وآية ذلك أن فسخ الزواج لعدم الكفاءة لا يثبت، وفقاً لإجماع مذاهب السنة الأربعة، إلا للمرأة دون الرجل . ثم أن المرأة التي تزوج بمن لا يكون لها كفواً، تستطيع، في المذهب الحنفى على الأقل، أن تطلب فسخ الزواج . حتى لو كانت تعلم، عند الزواج، بأن رجلها أدنى منها مرتبة<sup>(٢)</sup> .

وبالنسبة إلى الشفعة، فالحكمة منها، وهى دفع أذى المشتري، هى التي تقضى أن تنازل الشفيع لا يقع صحيحاً إلا بالنسبة إلى الشخص الذى يقع من أجله، لا من أجل شخص آخر .

(١) الثوب المروب، منسوب إلى مرو ( يفتح وسكون ) . وهى بلدة من بلاد فارس، اشتهرت بصنع الثياب .

(٢) أنظر في هذا المعنى Linant de Bellefonds، المرجع السابق نبة ٥١٥ و ٥١٦ .



وكذلك بالنسبة إلى الظئر . فصلحة الطفل هي المقصودة من اجارتها .  
فإذا استبان تخلف هذه المصلحة ، كان لوليّه أن يفسخ الاجارة .

( د ) بالنسبة إلى الغبن : الغلط في القيمة يقع غير مؤثر في الفقه الاسلامي .  
فالذي يهتم به هذا الفقه هو الغبن . بل إنه ، كأصل عام ، لا يهتم بالغبن المجرد .  
ولمّا يتطلب أن يجيء هذا الغبن وليد التفرير أو التدليس .

من كل ما سبق يخلص أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامي ولا تتسق  
مع الزعة المادية الموضوعية التي تسوده .

يبد أن هذا ليس معناه قصور أو نقص في الفقه الإسلامي عما عليه الحال في .  
القانون المعاصر . إذ أنه يصل إلى تحقيق الغاية من نظام الغلط ، في الحدود التي  
يسمح بها استقرار المعاملات وازدهار التجارة ، على شكل ان لم يفضل القانون  
المعاصر ، فعل الأكل لا يدنوه . وذلك بوسائل فنية أخرى تركز في نظرية  
المعقود عليه ، أو محل الالتزام كما يسمى في القانون المعاصر ، وفي خيار  
الوصف ، وخيار العيب .

### ثانياً : التدليس

١٦٠ - التدليس dol ، أو التفرير ، كما يسمى في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> .  
باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام  
المتعاقد بأمر يخالف الواقع ، وجره بذلك إلى التعاقد . فقوامه التضليل  
والتويه والخداع . ومثاله أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمثانة  
منزل أو بدقة بنائه أو بكثرة إيراده ، ويصل بذلك إلى حمله على شرائه .  
ومثاله كذلك أن يتقدم شخص إلى بنك ، ظاهراً أمامه بمظهر اليسار ، عارضاً  
عليه شهادات مزورة توهم بكثرة أمواله ، ويدفعه بذلك إلى فتح اعتماد  
لصالحه ، أي إلى وعده بإقراضه . ومثاله في النهاية أن يقصد شخص إيهام  
شركة التأمين بضحة بدنه وخلوه من الأمراض التي تهدد حياته ، حتى يصل

---

(١) راجع في التدليس أو التفرير في الفقه الإسلامي ما سيبيء ، نيفة ١٧٠ .



بنلك إلى حملها على إبرام عقد التأمين على حياته<sup>(١)</sup> ، فيجعل آخر يتقدم إلى الكشف الطبي مكانه متحلاً شخصيته .

والتدليس يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته . فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة ، وبعبارة أخرى : هو يؤدي إلى إيقاعه في الغلط . وهكذا نصل إلى أن التدليس ، إن عاب الرضاء ، فهو لا يفعل أكثر من أن يحمله مشوياً بالغلط .. كل ما في الأمر أن الغلط الناشئ عن التدليس هو غلط مدبر يقصد المدلس إيقاع ضحيته فيه : ويجره فعلاً إليه<sup>(٢)</sup> ، بالحيلة والخديعة والتضليل . في حين أن الغلط العادي ، يتولد في ذهن ضحيته تلقائياً ، أى من غير أن تدفع تلك الضحية إليه : أو في الأقل من غير أن تدفع إليه بالحيلة والخداع والغش .

وقد عرض القانون المدني للتدليس في المادتين ١٢٥ و ١٢٦ .

#### ١٦١ - شروط أعمال التدليس :

لكي ينتج التدليس أثره القانوني . من حيث إنه يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال . يلزم أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة الآتية :

١ - استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل المتعاقد .

٢ - أن يحصل استعمال الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو بمن في حيكبه . أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر : في الأقل ، عالماً باستعمالها أو مستطيعاً أن يعلم به .

٣ - أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول كلا من هذه الشروط بالإيضاح ، وذلك فيما يلي :-

#### ١٦٢ - الشرط الأول - استعمال الطرق الاحتيالية :

قوام التدليس الاحتيال والتفجير والتضليل : كما بينا . فلا بد إذن من

(١) انظر : استئناف مختلط ١٢/٩/١٩٣٥ ب ٣٨ ص ٩٠ .

(٢) راجع في ذلك Mazeaud ، دروس القانون المدني ، نبذة ١٨٨ .



أن يتضمن أدوات أو وسائل تصل به إلى هذه النتيجة . ويطلق على هذه الوسائل أو الأدوات الطرق الاحتيالية أو الخيل *manoeuvres frauduleuses* . ومثالها تقديم شهادات مزورة توهم بمتانة أو دقة البناء المراد بيعه أو بكثرة إيراده ، وانتحال شخصية أو صفة رجل آخر <sup>(١)</sup> ، والظهور بمظهر اليسار للوصول إلى تسهيل إثباتي ، إلى غير ذلك كله من أنواع الخيل التي لا تنتهي <sup>(٢)</sup> . وقد أشارت المادة ١/١٢٥ إلى الخيل ، باعتبارها قوام التدليس وأساسه ، قائلة : ١٥ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس معيار شخصي <sup>(٣)</sup> ، أي أننا نضع نصب أعيننا ذات الشخص الذي وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله . فرد المسألة إلى رضائه ، هل تأثر بالحيلة أم لم يتأثر . فإن كان التأثير قد انطلى عليه ، اعتبر التدليس قائماً ، حتى لو كان من شأنه ألا ينطلى على غيره من الناس . ولكن ينبغي مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذي يمكن معه أن تعتبر حيلة . فنظام التدليس لا يحمي المقرطين :

- 
- (١) انظر استئناف مخطوط ١٩٣٥/١٢/٩ ب ٣٨ ص ٩٠ . وقد قضى هذا الحكم .  
تأسياً على التدليس ، بإبطال عقد تأمين تقدم فيه شخص لكشف الطريق مكان المؤمن له .
- (٢) وإذا تطلبت في التدليس وجود طرق احتيالية ، فليس المقصود أن تصل تلك الطرق من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية . فهذه الجريمة تقوم بدورها على الطرق الاحتيالية . ولكن الطرق الاحتيالية التي تقتضيها تقسم بالجسامة إلى الحد الذي يدل على روح الإجرام في مرتكبها وتفنته في إبراز أموال الغير بدون وجه حق . في حين أنه لا يتطلب في الطرق الاحتيالية التي تكون التدليس أكثر من أن تفلح في تضليل المتعاقدين وإيهامه بالأمر المراد حمله على الاعتقاد به ، طالما أنها على قدر معقول من الجسامة ، على نحو ما بيناه في المتن . وهكذا فالطرق الاحتيالية المكونة للتدليس المدف أوسع نطاقاً من الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة النصب الجنائية . فكل ما يعتبر مكوناً للنصب يكفي ، من باب أولى ، لتكوين التدليس المدف . ولكن العكس ليس صحيحاً . فيمكن لأمر معينة أن تعتبر كافية لقيام التدليس المدف ، دون أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي يتطلبه القانون لقيام جريمة النصب .

(٣) انظر في ذلك : السهودي ، المرجع السابق ، نبذة ١٨١ - وانظر أيضاً De Page في كتابه *Traité de droit civil belge* ، ج ١ نبذة ٥٥ .



في البساطة والسذاجة ، وإنما أمثال هؤلاء قد يمكن لهم أن يجدوا الحماية القانونية في نظام الحجر للغفلة أو في نظام استغلال الطيش البين .

ومعيار الحد المحقول من الجساماة الذي يلزم أن تتصف به الحيلة ، حتى تصل إلى مرتبة التدليس ، هو تجاوز الأمور العادية المألوفة في التعامل . فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة في التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التدليس ، وإلا فلا .

١٦٣ - هل يكفي الكذب أو الكتمان لقيام التدليس ؟ ثار التساؤل من قديم حول ما إذا كان مجرد الكذب يتلنى إلى مستوى التدليس من علمه . والقاعدة أن الكذب العادى ، أى المجرد من الظروف التى تقتضى بصفة خاصة من صاحبه تجنبه ، لا يعتبر تدليساً يشوب الرضاء . فمن يروج لبضاعته ، مثلاً ، ملتجئاً في ذلك إلى المبالغة في امتداحها . لا يعتبر مدلساً<sup>(١)</sup> . إذ أن مثل هذا الكذب أصبح مألوفاً في وقتنا هذا ، بحيث يمكن اعتباره داخلًا في المعاملات العادية للناس ، ويقع عبء التحرز منه على الغير . فهو بهذه المثابة لا يصل إلى حد أن يعتبر حيلة .

وإذا كان الكذب العادى البسيط ، مجرد الكذب ، لا يعتبر بحسب الأصل تدليساً . إلا أن هناك نوعاً من الكذب يتميز بدناءة أكبر وبخطورة أشد ، وهو ذاك الذى يأتى بمخالفة واجب خاص متميز يلقى على الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجب الدينى أو الأخلاقى . فما يعتبر بمثابة الخيل المكونة للتدليس . الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملاساته . أو السكوت عن ذكرها ، إذا كان ذلك يتمثل بإخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التى يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق . في أن يضعها فيمن غرر به .

(١) انظر : Trib. civ. Seine الفرنسية ١٩٥١/٣/٧ ، Gaz. Pal. - ١٩٥١ -



فإذا كان الأصل في الحيلة ، التي هي أساس التدليس ، أن تقوم على أفعال مادية (١) ، فإنه يقع بمثابها الكذب والكتمان ، كلما جاء إخلالا بواجب خاص في الصديق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للتدليس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وغرر به (٢) .

وهكذا فالكذب في حد ذاته ، ومجرداً عن أي اعتبار آخر ، لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد ، برغم ما فيه من قبح ، وبرغم أن ديننا وأخلاقنا تأباه وتمتعه وتحرمه . فقد نقشى الكذب اليوم ، حتى وصل بنا إلى حد إلقاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه . فإن لم نفعل ، كنا مقصرين في حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلى القانون ليحمينا . إنما الكذب الذي يتلصق إلى مرتبة التدليس هو ذلك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص على الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجب الديني أو الأخلاقي . وهذا الواجب قد يأتي من القانون ، كما هو الشأن على الخصوص بالنسبة إلى عقد التأمين (٣) حيث يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكل الظروف المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها في سبيل تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، وإلا وقع العقد قابلاً للإبطال . وقد يأتي الواجب من الاتفاق . بل إنه قد يأتي من طبيعة المعاملة ذاتها التي يكون من شأنها الالتزام الصارم بالصديق والمصارحة ، كما هو الشأن على الأخص في تلك البيوع التي يركن المشتري في خصوص تحديد الثمن فيها إلى ذمة البائع ، وهي تلك التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي « بيعوع الأمانة » . وقد يأتي واجب الصديق والمصارحة في النهاية ، من

---

(١) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتزوير القلبي .

(٢) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتزوير القولي .

(٣) أنظر استئناف مخطوط ٢٨٨/١٩١٩ ب ٢١ ص ٣١٦ ، وقد أبطل هذا الحكم عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له أنه مزارع حال أنه بحار ، فأُنفى بذلك على شركة التأمين المخاطر التي تعرض لها مهتمة . وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٢٦/١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٣٢٥ ، وقد نقض هذا الحكم بإبطال عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها .



الثقة التي يكون من شأن ظروف الحال ، وما ينبغي أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية أن تجعل للمتعاقد المدلس عليه حقاً في أن يضعها فيمن خدعه وغرر به <sup>(١)</sup> و <sup>(٢)</sup> .

وما قلناه بشأن الكذب ، يسرى على السكوت أو الكتمان . فالسكوت حيث يلزم الإفصاح والبيان ، نوع من الكذب ، هو كذب سلبي . فليس الصديق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول أيضاً كل ما يجب عليك أن تفصح عنه . وهكذا فالسكوت العادي ، كالكذب العادي ، لا ينهض إلى مرتبة التدليس . إذ الأصل أن المتعاقد لا يجبر قانوناً على الإفصاح عن كل ما يتناوله التعاقد من شئون ، وإلا وقع الناس في العنت والخرج . أما السكوت ، حيث يلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو حتى ظروف التعاقد ، وفقاً لمقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل ، الإفصاح والبيان ، أى السكوت عن الأمور الجسيمة التي يعلق المتعاقد عليها أهمية في ارتضاءه العقد ، بحيث

(١) انظر في هذا الاتجاه : De Page ، المرجع السابق نبذة ٥٠ - Beudant ج ٨ نبذة ١٣٨ - Demogue ج ١ نبذة ٣٥٨ - وأنظر كذلك نقض فرنسي ١٩٣٣/٥/٢٣ دالوز ١٩٣٣-١-١٤٣ .

(٢) ويدخل في ظروف التعاقد التي تملح حل المتعاقد واجب الإفصاح والبيان ، بحيث يستثنى سكوته تديساً محولاً بإبطال العقد ؛ يدخل في تلك الظروف ما تعلق منها بالمتعاقدين نفسيهما . فكلما كانت الظروف تخول لأحد المتعاقدين ، وفقاً لنزاهة التعامل ومقتضيات حسن النية ، أن يضع ثقته في المتعاقد الآخر بأن يكشفه عن أمر من الأمور التي يعلق عليها أهمية في إبرام العقد على النحو الذي أبرمه عليه ، فإن سكوت هذا الأخير عمداً عن مكاشفته به يتعدى إلى مرتبة التدليس ، وحل الخصم إذا كان هو الذي استطاع أن يوسى إلى غريمه بأن يضع ثقته فيه . انظر في هذا الخصوص : باريس ٢٢ يناير ١٩٥٣ ، Gaz. Pal ١٩٥٣-١-١٣٧ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد كبار تجار الصور الفنية Tableaux باع لأحد الأشخاص من ليست ثم دراية فيها ، ثلاثة منها ، بثمن يزيد على قيمتها ، على نحو يتجاوز كثيراً الربح المقبول ، بعد أن قدم له ما يدل على علو كبحه في فن الصور ، وحل أنه يعمل خيراً فنياً في مجالها لدى الحكم وبأنه واسع الثراء ، الأمر الذي أدى بالمشتري إلى أن يثق في أنه سوف يبيع له الصور بثمن عادل لا يفتيه فيه غيباً كبيراً . رفع المشتري دعوى بإبطال البيع ، استناداً إلى تدليس البائع ، وأجابه المحكمة إلى الإبطال ، استناداً إلى أن التاجر تركه يشتدع في قيمة الصور ، بعد أن ركن إلى التفتي للذي طلبه منه ، حالة أنه قد أوحى إليه بوضع ثقته فيه ، حل نحو سجله يستدع أنه سوف لا يفتيه .



يثبت للقاضي (١) ، أنه ما كان يرتضيه لو علم بها ، فهو يصل إلى مرتبة التدليس الذي يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، بشرط أن يقع من صاحبه عن عمد .

ومثال السكوت الذي يعتبر تدليساً ، أن يكتم المؤمن له ، عن عمد وقصد ، على شركة التأمين مرضاً يهدد حياته ، إن كان التأمين على الحياة . أو أن يكتم عنها وجود خطر يهدد المال المؤمن عليه ، كوجود مستودع سرى للمفرقات بجواره ، إن كان التأمين على هذا المال .

ويلاحظ أن المشرع ، في خصوص ما يتلنى إلى مرتبة التدليس المبطل للعقد من غير الأفعال المادية ، لم يعرض إلا للسكوت ، فلم يعرض للكذب . فقد جاءت المادة ١٢٥/٢ تقول : ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملازمة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملازمة . ولكن يجب تعميم حكم هذه المادة على الكذب . فالسكوت هو نوع من الكذب ، فهو كذب سلبى . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول كل ما هو حق . ثم إن الكذب حينما تملى علينا ظروف الحال تجنبه يتلنى في حد ذاته إلى مرتبة الغش الذي هو قوام التدليس (٢) .

#### ١٦٤ - مباشرة الخيل بقصد تضليل المتعاقدين والوصول به إلى ذلك :

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تكون هناك طارق احتيالية . ومجرد وجود هذه الطرق الاحتيالية لا يكفي . وإنما يلزم أن تكون قد يوشرت على المتعاقدين بقصد تضليله (٣) ، وأن تصل به إلى هذه النتيجة بالفعل .

(١) ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الظروف التي اكتشفت السكوت تصل به إلى حد التدليس من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض . انظر نقض فرنسي إيجابي ١٩٤٧/١٢/٣٠ سري ٤٩ - ١ - ٢٤ .

(٢) انظر في إمكان احتيار الكذب في بعض الأحوال الخاصة تدليساً : السهوري ، المرجع السابق نبذة ١٨١ - جبال زكي ، نبذة ٨٠ والمراجع التي يشير إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ ملخ ٤٤٢/٢٠ ق بمجموعة أحكام للنقض من ٢٧ ص ١٧٩١ رقم ٣٢٩ .



فإن لم يقصد بالطرق الاحتيالية التضليل ، أو قصد بها التضليل ، ولكن لم تنجح في الوصول إليه ، فلا يعتبر التدليس قائماً <sup>(١)</sup> . ومثال الحالة الأولى

(١) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Colmar الفرنسية الصادر بتاريخ ٣ يولييه ١٩٦٨ ومتشور في الدور ١٩٧٠ ص ٢٩٧ مع تعليق Alfandari . وتتلخص الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم في أن سيدة عقدت حية لإينثا وإينثا ، قطعت الإيثة في نصيب أبنها ، وأرادت أن تستأثر به لنفسها دونه ، وعاونها زوجها على ذلك ، فأخذت الأم في دارها ، وجعلها ترجيع في حبتها لإينثا ، ثم تباع نصيبه من الحبة لزوج ابنتها بمن زهيد للغاية modique . رقت الأم دعوى لإبطال البيع الصادر لصهرها ، تأسيساً على أنها كانت ضحية التدليس . وأجابتها محكمة استئناف Clomar إلى طلبها . وقد جاء في حكمها أن : « كل الأفعال غير الشريفة agissements malhonnêtes التي تستهدف مفاجأة شخص بقصد حمله على ارتضاء التزام ما كان ليقبله بغيرها يمكن أن تعتبر طرقاً تدليسية manoeuvres dolosives ، كما جاء في هذا الحكم أيضاً أن : « مناط التدليس هو التفكير لشرف malhonnêteté الذي يورس بوسائل الاحتيال ، وليس الانخداع tromperie الذي من شأن هذه الوسائل أن ترتبه » . وخلص الحكم إلى أنه : « لا يصح في ضحية التدليس أن يكون قد انخدع . ففكرة التدليس تتجاوز الغلط والإكراه » . وهكذا نرى أن هذا الحكم لا يتطلب لقيام التدليس ، أن يكون المتأذى قد انخدع بالفعل . بل هو لا يتطلب حتى مباشرة الطرق الاحتيالية . وإنما يكفي بالأعمال التي تم من النذالة والتفكير لشرف malhonnêteté . ولا جدال في أن المحكمة ، في خصوصية الدعوى التي صدر فيها الحكم ، قد استهدفت غاية نبيلة في ذاتها ، وهي إبطال البيع الصادر إلى زوج البنت ، حتى ترجع إلى الأم النصيب الذي كانت من قبل قد وهبه إلى إينثا ، والذي ابتزها منها ابنتها وزوجها بدنانة ونذالة وخسة . ولكن الوسيلة التي سلكتها المحكمة في الوصول إلى الإبطال لم تأت منها صائبة . فهي قد تنكرت لجوهر التدليس ذاته ، الذي يقوم على انخلاع الضحية بالنش والحيلة . ومن أجل ذلك فقد انتقد هذا الحكم انتقاداً مراراً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين . فقد انتقده Alfandari في تعليقه الذي أشرنا إليه آنفاً . كما انتقده الفقيه الكبير Savatier في تعليقه المنشور في Rev. Trim. ص ٦٠١ . فقد انتقد هذان الفقهاء الحكم لتأسيس الإبطال على التدليس ، وإن كان يبرز مكان الإبطال ذاته ، ويشيران بأنه كان الأفضل تأسيسه على الإكراه الأدبي ، اعتباراً بما كان للبنت وزوجها من سطوة على الأم ، ولدت في نفسها الرهبة التي جعلتها تبرم البيع . والحقيقة أنه ليس في وقائع القضية السابقة لا تدليس ولا إكراه ، بالمعنى القانوني لطيف النظامين . ولكن أمام اعتبارات النذالة التي تمل هنا إبطال العقد ، لجأت المحكمة إلى التدليس ، ولجأت الفقهاء إلى الإكراه ، في توسع من الجميع يتجاوز المدى والمحدود . والصحيح أن إبطال العقد هنا يؤسس على الاستغلال . ولو أن وقائع القضية عرضت في ظل القانون المدني المعزى ، لكان من الممكن أن يؤسس الإبطال على الاستغلال ، اعتباراً بأن البنت وزوجها استغلوا في الأم سطوتها الأدبية عليها ، فضلاً عن هواها الجامع لإرضائها . أما في فرنسا ، فلما زال القانون -



أن يقدم شخص إلى آخر بشهادات كاذبة توحى بأن منزله يبلغ من القوة ودقة البناء حداً كبيراً ، غير مستهدف من وراء ذلك إلا مجرد الظاهر والتباهي ليس إلا ، وبعد مدة طويلة ، يكون خلالها قد نسي ما فعل ، يرتضى ذلك الشخص الآخر شراء المنزل ، متأثراً بتلك الشهادة <sup>(١)</sup> . ومثال ذلك أيضاً أن تعلن شركة عن بيع عقار ذاكرة إيراداً له يزيد قليلاً عن إيراده الحقيقي <sup>(٢)</sup> . أما الحالة الثانية ، فتألف من أن تباشر الطرق الاحتيالية على شخص معين ، بقصد إيهامه بأمر ما ، ولكنه مع ذلك لا ينخدع بها .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تستعمل ، في مواجهة المتعاقد ، طرق احتيالية <sup>(٣)</sup> أو حيل ، بقصد تضليله ، وأن تصل.

= لا يعترف بالاستغلال كميب يشوب الرضاء . ويجوز كذلك ، سواء في فرنسا أو في مصر ، تأسيس لإزالة البيع على المسؤولية التصيرية ، اعتباراً بأن الأضرار التي صدرت من البنت وزوجها نحو الأم ، والتي قوامها التنكر للشرف ، تقع منها خطأً يستوجب تمويض الضرر الناشئ عنها ، إعمالاً للمسؤولية التصيرية ، وأن غير تمويض هنا هو اعتبار البيع الذي استبدته هذه الأضرار كأن لم يكن . انظر عكس ما ذهبنا إليه بصدده الحكم التعليل المنشور في مجلة Rev. Trim. de dr. Civil ١٩٧٠ ص ٧٥٥ .

(١) في مثل هذه الحالة ، لا يستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع على أساس التدليس . إذ أن البائع لم يقصد بالخيلة التي اتبعها تضليله التضليل الذي يحمله على التعاقد . ولكن يسوغ له أن يتسكك بإبطال البيع على أساس الغلط ، إذا توافرت شروط إعماله .

(٢) راجع نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٣) ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تتوسع إلى حد بالغ في الطرق الاحتيالية أو الحيل المكونة للتدليس . فقد قضى بأنه يدخل في هذه الحيل استغلال أحد الماعدين الضعف العقل في التعاقد الآخر ( انظر نقض - عرائض - ٣ مايو ١٨٩٩ ، دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٦١ ) أو عدم خبرته ( باريس ١٩٥٢/١/٢٢ ، J.C.P. ١٩٥٢ - ٢ - ٧٤٣٥ ، ومنشور أيضاً في Caz. Pal. ١٩٥٢ - ١ - ١٣٧ ) ، أو وجه الضعف فيه كبله إلى السكر . والحقيقة أن هذه الأمور كلها لا تعتبر طرقاً احتيالية مما يلزم لقيام التدليس . ولكن المحاكم الفرنسية رأيت فيها ذلك متأثرة بطروء الدعوى التي تقتضي إبطال العقد مدانة . وقد أغنانا القانون المصري من هذا النوع من الاجتهاد القضائي الذي لا يتفق مع حقيقة حكم القانون ، وذلك من طريق الأخطأ ينبغي جديده من عيوب الرضاء لا يقول به القانون الفرنسي ، إلا وهو الاستغلال . إذ يمكن للاستغلال أن يصل بنا إلى إبطال العقد في الأحوال التي ذكرناها .



إلى تضييله بالفعل . واستعمال الطرق الاحتمالية يعتبر العنصر المهادى فى التديليس . أما قصد التضييل ، فهو عنصره المعنوى .

وقيام التديليس بعنصره المهادى والمعنوى مسألة واقع تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع ، الذى له أن يقرر ما إذا كان التديليس متوافراً من علمه ، دون أن يخضع فى تقديره لتعقيب محكمة التقض ، ما دام حكمه قد قام على أسباب ساقفة تبرره<sup>(١)</sup> .

#### ١٦٥ - الشرط الثانى - وقوع التديليس من المتعاقد الآخر أو علمه به :

لا يكفى ، بحسب الأصل ، لاعتبار رضاء المتعاقد مشوباً بالتديليس ، أن توجه إليه طرق احتمالية تصل إلى تضييله . وإنما يلزم أن تكون هذه الطرق الاحتمالية موجهة إليه من المتعاقد الآخر أو من نائبه ، أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر ، عند إبرام العقد ، عالماً بتلك الحيلة ، أو مقروضاً فيه حتى أن يعلم بها . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٦ بأنه : « إذا صدر التديليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، عالم بثبوت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المقروض حتى أن يعلم بهذا التديليس » .

فالمادة ١٢٦ تملئ شرطاً ثانياً أساسياً لإعمال التديليس ، يتمثل فى وجوب أن يكون التديليس الموجه إلى المتعاقد ، والذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، متصلاً بالمتعاقد الآخر . وهو يعتبر كذلك باءىء ذى بده إذا كان هذا المتعاقد الآخر هو الذى لجأ بذات نفسه إلى الحيلة ، أو لجأ إليها نائبه ( المادة ١/١٢٥ ) .

وتقتضى منا روح نظام التديليس أن تتوسع فى تفسير المقصود بكلمة « نائب » فى قول المادة ١/١٢٥ بقيام التديليس إذا وقعت الحيلة من المتعاقد

(١) انظر نقض ١٩٧٣/٣/١٢ طعن ٣٨/٢٩ بق مجوعة أسكام التقض س ٢٤ من ٢٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٩٥٥/١٢/١٥ مجوعة التقض س ٦ من ١٥٨٢ رقم ٢١٨ - نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ طعن ٢٩٩/٣٠١ بق مجوعة التقض س ١٥ من ٢٦٣ رقم ٤٦ . وانظر أيضاً تميز الكويت ١٩٧٧/٢/١٤ ، طعن رقم ٩٧٥/١٠ ملف ، الحامى س ٢٦ ج ٧ و ٤٦ .



الآخر أو من « نائبه » . فليس يلزم هنا التقييد بالمدلول القانوني الصارم لاصطلاح « النائب » ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الولى والوصى والوكيل والحارس القضائى والسنديك ، وإنما ينبغي التوسعة فى هذا المدلول ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر بتكليف منه ، كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة ، وكتابعه الذى يعمل لحسابه . ولا صعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف . فما دام العقاد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة ، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخديعة بالنسبة إلى ابطال العقد ، اعتباراً بأنه فى حكم نائبه . أما بالنسبة إلى التابع ، فالأمر أكثر سهولة ، لأن المتبوع ، ان لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالاً للمادة ١/١٢٥ ، فإنه يمكن مساءلته عنه وإبطال العقد بسببه ، تأسيساً على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه ( المادة ١٧٤ ) ، اعتباراً بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضاً عينياً مناسباً عن الضرر الذى يلحق العقاد المدلس عليه .

وهكذا يعتبر التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر الذى يتمسك ضده بإبطال العقد ، فى الحالة التى تصدر فيها الحيل منه أو من نائبه ، بالمعنى الواسع لكلمة نائب .

أما إذا وقع التدليس من الغير ، فلا يعتبر متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وبالتالى غولاً طلب الإبطال ، إلا إذا كان هذا قد علم ، عند إبرام العقد ، بصدوره ، أو كان فى استطاعته حينئذ أن يعلم به ، لو أنه بذل من الحرص ما يبذله الشخص العادى ، لو كان فى مكانه .

وعبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به إذا كان واقعاً من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد . فالبيئة على من ادعى .

والغاية التى يتوخاها المشرع من تطلب أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر ، على نحو ما بينا ، هى العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل ، عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد الآخر للإبطال تأسيساً على التدليس ، إلا إذا أمكن أن يعزى إليه ما يبرر تحميله نتيجة .



فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين من الغير ، حالة كون المتعاقد الآخر لم يعلم به ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، أو لم يكن من المفروض حتماً أن يعلم به ، كما تقول المادة ١٢٦ ، ذلك التدليس يقع ، في حدود اعتباره تدليساً ، غير مؤثر في العقد ، ولا يخلو صحته طلب إبطاله ، حتى ولو كان في واقع الأمر قد ضلل به وانخدع <sup>(١)</sup> . بيد أنه إذا تعلق هنا على من ضلل وخدع أن يتمسك بالتدليس ، فإنه يجوز له ، بطبيعة الحال ، أن يتمسك بالغلط ، إذا توافرت فيه شروطه ، كما أنه يجوز له أن يرجع بالتعويض على من دلس عليه ، تأسيساً على المسئولية التصهيرية ، اعتباراً بأن التجاء هذا الأخير إلى الطرق الاحتيالية بقصد تفريره وخديعته وحمله بذلك على المتعاقد ، يمثل منه أمراً خاطئاً قد أحدث له الضرر .

١٢٦ - مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمعاهد الآخر : رأينا أنه يلزم ، لإعمال التدليس كسبب يشوب الرضاء ، ويؤدي بالتالي إلى وقع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون متصلاً بالمعاهد الآخر ، بأن يصدر منه بذات نفسه ، أو من نائبه ، أو أن يكون عالمًا بالتدليس عند إبرام العقد ، أو مفروضاً فيه حتماً العلم به عندئذ ، إذا كان التدليس من الغير . ولكن هل يعتبر لزوم وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، في الحدود التي بينها ، شرطاً عام التطبيق ، بمعنى أن يتوجب إعماله بالنسبة إلى كل التصرفات ، حتى ما قام منها على أساس التبرع ، أم أنه يمكن أن يستثنى من إعماله هذا النوع الأخير من التصرفات ؟

(١) ويلاحظ أن استلزام حصول التدليس من المتعاهد الآخر أو من نائبه أو علمه به لا يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة في حد ذاته . ففرض هذا المبدأ وجوب أن نعطى للشخص الفرصة في أن يتحمل من البعثة ، كلما كان رضاؤه به غير سليم . ولا شك أن رضا المدلس عليه يقع فاسداً إذا جاء نتيجة التضليل ، سواء أكان المدلس هو المتعاهد الآخر أم أجنبياً ، وسواء أكان المتعاهد الآخر يعلم بالتدليس أو يجهله . ولكن المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أنه إذا بقى المتعاهد الآخر أجنبياً عن التدليس ، لم يلجأ إليه ولم يكن يبرق وما كان في مكته أن يعرفه ، فإنه يكون جديراً بالرعاية وعدم تقسية مصلحته في سهل مصلحة المدلس عليه . وحسب هذا الأخير أن يرجع بالتعويض المناسب في مواجهة الأجنبي الذي دلس عليه ، إذ أن التدليس يعتبر من هذا الأجنبي عملاً غير مشروع ، من شأنه أن يشغل مسئوليته التصهيرية .



إن صياغة المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ توحى لنا بالقول بعمومية الشرط الذى نحن بصدده ، والقول بوجوب تطلبه ، حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعياً . فقد جاءت المادتان السابقتان تطلبان صدور التدليس من التعاقد الآخر أو علمه به على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بآخر من التصرفات .

ومع ذلك فنحن أميل إلى القول بقصر أعمال شرطتنا على المعاوضات وحدها دون التبرعات . ذلك لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه ، بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب ، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار وعدم تفضحية مصلحة التعاقد الآخر الذى يعمل التدليس لإضراراً به ، إلا إذا كان يستحق أن يُضحي بمصلحته . وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاوضات ، دون التبرعات . فى المعاوضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالمجان ، الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقرير إبطال عقده تأسيساً على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء . والأمر فى التبرعات جد مختلف . فى التبرع ، كالهبة مثلاً ، لا يعطى المتبرع له مقابل ما يأخذ . فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضة لا يدفع عنها ثمناً ، وبعبارة أخرى حرمانه من غم لا يتحمل فى سبيله غمراً . وهكذا فإذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع له ، وجدنا أن الغاية التى يتوخاها المشرع بتحديد الإبطال المؤسس على التدليس وعلى غيره من عيوب الرضاء الأخرى ، لا تتوافر . ويتدم هذا النظر أكثر وأكثر إذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع الذى يقع ضحية التدليس . فالمتبرع يعطى ، ولا يأخذ مقابل ما يعطى . فهو بتبرعه مفضل . وهذا ينبى أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة ، بغض النظر عن دور التعاقد الآخر فيما صام أن يؤدى إلى فسادها .

هكذا نصل إلى أنه تمسحاً مع مقتضى الغاية التى يتوخاها المشرع بفرضه فى المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ ، شرط صدور التدليس من التعاقد الآخر أو علمه به ، يتعين قصر أعمال هذا الشرط على المعاوضات وحدها دون



التبرعات . وما يؤيد هذا النظر أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي جاءت تصرّح به <sup>(١)</sup> ، كما أن له صدى قوياً في الفكر القانوني الفرنسي فقهاً وقضاءً <sup>(٢)</sup> . وقد نص عليه القانون المدني الكويتي على نحو قاطع (المادة ١٥٤) <sup>(٣)</sup> .

#### ١٦٧ - الشرط الثالث - يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

الشرط الثالث والأخير لإعمال التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، ويؤدي بالتالي إلى قابلية العقد للإبطال ، هو أن يكون دافعاً إلى التعاقد ، بمعنى أن يثبت للقاضي أن المتعاقد الذي وقع ضحية التضليل والخداع ما كان ليبرم العقد ، على نحو ما أبرمه عليه ، لولا تلك الحيل التي أوصلته إلى أن يتخذ .

فإذا ثبت أن التدليس لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ، بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه إلى حد تضليل المتعاقد ، أو وصلت إلى ذلك الحد ، ولكن الطرف المضلل كان ليرضى العقد ، وبنفس الشروط التي قام عليها ، حتى لو لم يضل ، في مثل هذه الحالة ، لا يكون للتدليس أثر على صحة العقد .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٧٤ من المشروع التهديدي ، التي أصبحت بعد تعديلها المادة ١٢٦ من القانون ، جاءت هذه المذكرة ، ، بعد أن أوردت المبدأ العام القاضي بعدم إعمال التدليس إلا إذا كان صادراً من المتعاقد الآخر أو كان هذا علاناً به ، تقول : « يختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للإبطال ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ، ولم يكن يستطيع أن يعلم به . لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب » .  
(٢) يلاحظ أن الفكر القانوني في فرنسا يسير على استثناء التبرعات من شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر ، ورغم عدم وجود نص يقرره . ويستند هذا الرأي الذي يقول به الفقه والقضاء على سواء ، إلى وجوب أن تكون نية التبرع سليمة خالصة من الشوائب ، فضلاً عن استثناءه إلى فكرة أن درء المفاروم مقدم على جلب المفارم . انظر في هذا الاتجاه : Mazpaud المراجع السابق نبذة ١٩٢ - Marty et Raynaud المراجع السابق نبذة ١٢٦ - Lonsouran في تعليقه على حكم Colmar ١٩٧٠/١/٣٠ ، Sem. Sur. ١٩٧١/٢/١٦٦٠ . وانظر أسنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٢٣ . وانظر نقض مدني فرنسي ١٨/٥/١٨٢٥ . وانظر كذلك Pau الفرنسية ١٩٥٢/١٢/١٧ Gaz. pal. ١٩٥٤ - ٨٦ .

(٣) تنص المادة ١٥٤ مدني كويتي على أنه : « ... يجوز ، في عقود التبرع ، طلب إبطال العقد ، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه » .



ويلاحظ أن ثمة رأياً كان سائداً في الفقه قديماً يفرق ، بصدد التدليس ، بين ذاك الذي يدفع ضحيته إلى ارتضاء التعاقد ذاته ، ويطلق عليه التدليس الدافع *dol déterminant* أو التدليس الأصلي *principal* ، وذاك الذي يؤدي بضحيته ، لا إلى قبول مبدأ التعاقد ذاته ، ولكن إلى مجرد ارتضاء شروط أشد وقرراً من تلك التي كان ليقبلها لولاه ، ويطلق عليه التدليس غير الدافع أو التدليس العارض *dol incident* ، ويجعل من الأول وحده عيباً يشوب الرضاء ويغول بالتالي طلب إبطال العقد ، في حين أنه يقصر أثر الثاني على مجرد التعويض ، اعتباراً بأنه لا يعيب الرضاء بالعقد ، ولكنه يقع عملاً غير مشروع يخول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يتفق شخصان على بيع منزل معين ، من حيث المبدأ ، ثم يلجأ البائع ، في سبيل حمل المشتري على ارتضاء ثمن أكبر ، إلى حيل توهمه بكبر ريعه ، كما إذا أبرز له عقود إيجار صورية تدل على ارتفاع الإيراد الذي يغله . ففي هذه الحالة ، يقول الرأي الذي كان سائداً في الفقه قديماً أن التدليس لا يؤدي إلى إبطال البيع ، اعتباراً بأنه لم يدفع المشتري إلى ارتضاءه في ذاته ، وإنما دفعه إلى ارتضاء ثمن أكبر فحسب ، ولكنه يعتبر عملاً غير مشروع ، يخول التعويض عن الضرر عنه ، إعمالاً للمسئولية التقصيرية ، ويتمثل هذا التعويض في الفرق بين الثمن الذي التزم به المشتري نتيجة التدليس ، وبين المبلغ الذي كان ليرتضيه لو لم يقع فيه <sup>(١)</sup> .

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Aubri et Rau ، ج ٦ نبرة ٣٤٣ مكرر وحاش ٢١ و ٢٢ - Boudant - ج ٨ نبرة ١٤٢ - Demogue ، ج ١ نبرة ٣٧٧ . وانظر من أحكام القضاء المصري : استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، *Bul* ٤٧ ص ١١٢ . وقد جاء في المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا الرأي ، وهو نص المادة ١٧٥ منه ، الذي جاء يقول : « التدليس الذي يجعل العقد أثقل حثاً ، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، لا يعطى المدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض » . وحلقت المذكرة التفسيرية المشروع التمهيدى على هذا النص قائلة : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استنواجه إلى قبول شروط أشد وقرراً كما كان يقبله لو تبن حقيقة الواقع ، فلا يعتبر حثاً من حيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس ، ترتب عليه مسئولية يعطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد العاقدتين أم من أجنبي عن =



والرأى الذى يفرق بين التدليس الذى يلغى التعاقد إلى قبول التعاقد فى ذاته وذلك الذى يقتصر أثره على دفع التعاقد إلى قبول شروط فى التعاقد أبسط وأشد بما كان يرتضيه لو لم يضل ؛ هذا رأى متقد فى الفقه الحديث . والتقد فى رأينا على حق . ذلك لأن الصفة كل لا يتجزأ . وإرادة التعاقد بدورها لا تتجزأ . فالمتعاقد بارتضاءه العقد ، يقبله بالشروط الذى يتم هذا العقد عليها . فإذا جاء قبوله تلك الشروط نتيجة الخداع ، والتضليل ، فإرادته كلها قد تعيت . ولا يسوغ هنا تجزئة الإرادة بمقولة إن الجزء الأساسى منها ، وهو ذلك المنصب على قبول التعاقد ذاته ، قد جاء صحيحاً ، وأن العيب لم يلحق إلا الجزء الباقى المتعلق بشروط العقد . وعلى هذا فلا معنى إطلاقاً للقول بأن ما يطلق عليه التدليس العارض بالمفهوم الذى ذكرناه ، لا يعيب الرضاء ، ولا يغول بالتالى الحق فى طلب الإبطال . وهذا هو رأى الذى أصبح يسود فعلاً الآن فى الفقه الفرنسى <sup>(١)</sup> ، ويقول به بعض الفقهاء فى مصر <sup>(٢)</sup> ، كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أيدته <sup>(٣)</sup> .

على أنه يلاحظ أنه فيما أطلق عليه التدليس العارض يكون للتدليس عليه ، إن شاء ، أنه يحجم عن التمسك بإبطال العقد ، ويرجع على من دلس عليه بالمسئولية التصهيرية ، تأسيساً على أنه قد أخطأ حيث لجأ بالحيلة إلى خديعته .

= المقد . ولم يأت هذا النص فى القانون المنقح ، فقد حلت لجة المراجعة ، اعتباراً منها بأنه يقرر خطأه تكمين فيه قواعد المسئولية . ( راجع مجموعة الأعمال التصهيرية لقانون المنقح المصرى ، ج ٢ ص ١٧٥ ) .

(١) انظر من الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بهذا رأى : Marty et Raynaud ، الالتزامات نبذة ١٣٨ - Mazeaud ج ٢ نبذة ٢٠٣ - Planiol Pipert et Boulanger ج ٤ نبذة ١٨٥ - Planiol, Ripert et Baudin ج ٦ نبذة ٢٠٧ - End. Daloz ج ٤ نبذة ٢٤ - De Page ، المرجع السابق ، نبذة ٥١ .

(٢) انظر من الفقهاء المصريين الذين يتبنون الفقرة بين ما يسمى بالتدليس الأصل والتدليس العارض : الشنهورى ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ - وانظر فى حكن هذا الاتجاه : أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٣٢ - حشمت أبو سفيان ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ - عبد الممن الصمد ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ .

(٣) انظر : نقض فرنسى ملف ٢٢ تمسبر ١٩٥٤ ، دالوز ١٩٥٤ ص ٢٥٤ .



وبهذا يستطيع الوصول إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاز في شروط العقد ، مع إبقائه هو في ذاته قائماً ، اعتباراً بأن ذلك يجبر له الضرر الذي سببه التدليس <sup>(١)</sup> . وبهذه المثابة يرى الشخص الذي يقع ضحية لما يسمى بالتدليس العارض نفسه بين خيارين ، له أن يسلك أيهما يراه له أنفع : فإما أن يتمسك بإبطال العقد تأسيساً على التدليس ، وإما أن يبقى عليه ، مع وصوله إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاز عليه في شروط العقد ، تأسيساً على المسئولية التقصيرية .

يخلص مما سبق أنه يلزم لإعمال التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء من شأنه أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . وسواء في ذلك أن يكون هو الذي دفع ضحيته إلى ارتضاء العقد ذاته . أم أن أثره عليه اقتصر على جعله يرتضى العقد بشروط أقصى وأشد مما كان يقبله عليها لولاه .

وعبء إثبات كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد يقع بالضرورة على عاتق ضحيته ، شأنه في ذلك شأن باقي شروط التدليس . والمسألة من بعد مسألة واقع ، تدخل في رحاب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، الذي يترخص له أن يقضى فيها بدون محقق عليه من محكمة التقض ، طالما جاء قضاؤه على أسباب سائلة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

#### ١٦٨ - أثر التدليس :

إذا توافرت في التدليس الشروط التي بينها ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر في جعل العقد الذي يقوم على أساسه قابلاً للإبطال لمصلحة المدلس عليه ، على النحو الذي سفيته فيما بعد ، عند الكلام في نظرية البطلان . وإذا كان التدليس يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في ذاته عملاً غير مشروع من وقع منه ، وغولاً

(١) راجع Mazoud ، المرجع السابق فقرة ١٩٧ .

(٢) انظر في ذلك تميز الكويت الصادر في العدد رقم ١٩٧٤/٥١ تجارى .



صحيته : على هذا الأساس ، الحق في تعويض الضرر الناجم له عنه . إن كان لهذا التعويض محل <sup>(١)</sup> .

### ١٦٩ — هل يفنى نظام الغلط عن التدليس :

رأينا أن التدليس ، إذ يؤدي إلى تضليل المتعاقد وإيهامه بأمر يخالف الواقع ، ويجره بذلك إلى التعاقد ، فإنه يؤدي بصحته إلى إيقاعه في الغلط . كل ما في الأمر أن الغلط الناجم عن التدليس هو غلط مدبر قصد المدليس إيقاع المتعاقد فيه . وأفلح فعلاً في جره إليه ، بالحيلة والخديعة والتضليل ، في حين أن الغلط العادي يتولد في ذهن المتعاقد تلقائياً ، من غير أن يدفع إليه . أو في الأقل من غير أن يدفع إليه بالحيلة والخداع والغش <sup>(٢)</sup> .

ولقد كان للتدليس أهمية قصوى في الفكر القانوني . عندما كانت تسود النظرية التقليدية في الغلط الموروثة عن الأقدمين ، بل إنه لا زالت له هذه الأهمية في ظل القوانين التي بقيت متأثرة بهذه النظرية ، كما هو الشأن في القانون الفرنسي . فالغلط العادي ، وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة ، لا يعيب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد في كل الأحوال ، حتى لو كان هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا يعيبه إذا انصب على القيمة أو على الباعث الشخصي <sup>(٣)</sup> . ولكن التدليس ، يعيب الرضاء ، كلما كان هو الدافع إلى التعاقد ، دون اعتداد بالأمر الذي ينصب عليه الغلط الناجم عنه . وهكذا يصلح التدليس

(١) وإذا كان التدليس يتشمل ، من ناحية أولى ، عيباً يشوب الرضاء ، ويعتبر ، من ناحية ثانية ، عملاً غير مشروع ، فإنه يكون لصحته الخيار بأن يتسكك بالاعتبار الأول فيطلب إبطال العقد ، أو أن يتسكك بالاعتبار الثاني فيبقى حل العقد ، مقتصرأ على طلب التعويض عن الضرر الذي ناله ، إعمالاً للمساوية التصورية ( انظر في ذلك حل وجه الخصوص : **Marty et Raynaud** المرجع السابق نبذة ١٣٨ — **Mazeaud** ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ ) . بل إنه إذا وقع اختيار ضحية التدليس على الأمر الأول ، وطلب إبطال العقد ، وكان من شأن هذا الإبطال ، إذا ما قضي له به ، ألا يرفع عنه كل الضرر ، وإنما يبق له ضرر ناجم عن تقوية الصفقة عليه ، فإنه يكون له الحق في التعويض عن هذا الضرر . وهذا الحكم يتشمل تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٦٥ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٧ .



أساساً لإبطال العقد ، في حالات يقصر الغلط العادى ، على نحو ما تقول به النظرية التقليدية ، عن أن إيقناولها . وهذا هو السبب الرئيسى الذى أدى فى الأصل إلى وجود التدليس جنباً إلى جنب مع الغلط .

أما وفقاً للنظرية الحديثة التى تسود فى الفكر القانونى المعاصر ، وإلى تبنائها قانوننا المدنى ، فقد أطلقت فكرة الغلط من عقابها ، ولم يعد إعمالها حبيس دائرة محدودة ، كما كان الحال فى الماضى ، وأمكن للغلط أن يعيب الرضاء ، كلما كان هو الدافع إلى التعاقد ، بغض النظر عن ذاتية الأمر الذى يتعصب عليه<sup>(١)</sup> .

وقد كان من شأن هذا التحول فى فكرة الغلط أن أخذ ، فى وقتنا الحاضر ، سؤال يطرح نفسه فى إلحاح على الفكر القانونى عامة ، وعلى العمل التشريعى خاصة : فهل ظلت لنظام التدليس أهمية خاصة بحيث تبرر الإبقاء عليه إلى جانب الغلط ، أم أنه أصبح يكون مجرد ازدواجية مع الغلط . بحيث يمكن أن يستغنى بهذا عنه ؟

وأمام هذا التساؤل الهام ، انشطر الفكر القانونى شطرين : فريق يزى أن الغلط ، وقد أصبح عيباً منطلقاً من شأنه أن يودى إلى إبطال العقد فى كل الحالات التى يكون فيها هو الدافع إلى التعاقد ، فإنه لم تعد ثمة ضرورة لبقاء التدليس إلى جانبه ، وأنه من الممكن أن يجتزأ به عنه<sup>(٢)</sup> . وقد تجاوبت بالفعل بعض التفتينات مع هذه الفكرة ، حيث أخضت التدليس كعيب مستقل من غيوب الرضاء<sup>(٣)</sup> .

وفريق آخر ، وإن سلم بأن الغلط أصبح من شأنه أن يعطى كل الحالات التى يمكن للتدليس أن يودى فيها إلى إبطال العقد ، إلا أنه يقول مع ذلك بغائدة وجود التدليس كنظام مستقل ، متلزعاً بسهولة إثبات التدليس من وجه

(١) راجع ما سبق ، نبة ١٤٨ و ١٥١ .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه Planiol et Ripert ج ٢ نبة ١٠٦٦ Demogue نبة

٣٦٤ - السهورى ج ١ نبة ١٨٥ .

(٣) وهذا هو الشأن على وجه الخصوص فى القانون البرتقالى (المادة ١٥٧ و ١٦٣) .



وبأن التدليس ، من وجه آخر ، يتمثل عملاً خاطئاً يمكن له أن ينهض دعامة لقيام المسئولية التصهيرية ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء (١) ، ويجعل العقد بالتالى قابلاً للإبطال .

والواقع أن كون التدليس أسهل في الإثبات ، أو أنه ينهض دعامة لقيام المسئولية التصهيرية ، لا يصلحان سببين كافيين لتبرير وجود نظام التدليس كعيب مستقل يشوب الرضاء . فليس يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون من شأن النظام الواحد أن يكون إثباته أسهل في حالة من حالات إعماله منه في حالة أخرى . ثم إن إمكان قيام التدليس دعامة للمسئولية التصهيرية ، لا تمت بصلة إلى كونه عيباً يشوب الرضاء . فرد ذلك إلى اعتبار آخر ، وهو كون التدليس يقوم على خطأ من صاحبه ، شأن التدليس في ذلك شأن الإكراه .

والحقيقة إنه لم تعد في ظل قانوننا الحالي ، ثمة فائدة تذكر من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . ففي إعمال نظام الغلط ما يغني عنه . فقد رأينا ، من ناحية أولى ، أن الغلط يفسد الرضاء ، كلما كان جوهرياً ، أى دافعاً إلى التعاقد ، ومتصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن كان هذا قد وقع بدوره فيه ، أو كان يعلم بوقوع غرضه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين منه ذلك . ورأينا ، من ناحية ثانية ، أن التدليس يعيب الرضاء بدوره ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد ، حاصلًا من الطرف الآخر ، أو كان هذا عالماً به ، أو كان هذا العلم مفروضاً فيه . وهكذا ففي كل حالة يقع فيها التدليس مؤثراً في العقد ، نجد أنفسنا أنه أدى إلى وقوع المتعاقد في غلط جوهرى ، حالة كون المتعاقد الآخر يعلم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . أى أننا نجد أنفسنا في حالة تكفى قواعد الغلط ذاتها لاعتبار الرضاء فاسداً محضاً لا طلب للإبطال .

هكذا نصل إلى أنه ، وفقاً لأحكام قانوننا ، لم تعد هناك فائدة تذكر

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التصهيرية لقانون المذموم المصري ج ٢ ص ١٧٢ .



من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . إذ أن نظام الغلط يمكن له أن يفتى عنه .  
ولعل الأمر الوحيد الذى يفارق بين الغلط والتدليس ، فى حدود كونهما عيبين يشوبان الإرادة ، ويؤديان إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، لعل هذا الأمر يتمثل فى أن المشرع أعطى ، فى حالة الغلط للمتعاقدين الآخر الحق فى أن يجنب نفسه الضرر الناجم عن إبطال العقد ، إذا اقتضت ذلك اعتبارات حسن النية ( المادة ١٢٤ ) كما إذا عرض على المتعاقدين الغلط أن يقوم العقد بينهما على نحو يتفق مع حقيقة ما اعتقده<sup>(١)</sup> ، ولم يعط مثل هذا الحق فى حالة التدليس . وقد دعاه إلى ذلك التزيق بين النظامين ما لاحظته من أن الغلط أمر تلقائى ، يقع فيها المتعاقد من تلقاء نفسه . فالأمر إذن مرجعه فى الأصل إليه . من هنا أمكن للمتعاقدين الآخر ، حتى لو كان يعلم بالغلط ، أن يجنب نفسه الضرر الذى يترتب له عن الإبطال . أما فى التدليس ، فالمتعاقدين لا يقع فى الغلط من تلقاء نفسه ، إنما نتيجة الخداع والتضليل من المتعاقد الآخر ، الأمر الذى يجعل هذا الأخير غير جدير بذلك القدر من الرفق فى المعاملة .

#### ١٧٠ - التدليس أو التزوير فى الفقه الإسلامى :

التدليس<sup>(٢)</sup> أو التزوير أو الخلالة<sup>(٣)</sup> نظام معروف فى الفقه الإسلامى . وله فيها مكان رحب ، مع تفاوت فى المذاهب<sup>(٤)</sup> .

(١) راجع ما سبق ، نيلة ١٥٥ .

(٢) يستعمل اصطلاح « التدليس » فى الفقه الإسلامى فى معنيين . فتارة يقصد به معنى واسع يتفق مع مدلوله فى القانون الماصر . وتارة أخرى يقصد به إخفاء العيب فى المقود عليه ، كما إذا أخفى البائع على المشتري عيباً فى المبيع .

(٣) الخلالة ( بكسر الخاء ) متاعاً فى اللغة الخفية . ويفضل بعض الفقهاء ( انظر مصطلح الزرقاء ، المرجع السابق ج ١ نيلة ١٨٦ ) إطلاق اصطلاح الخلالة باختيار أنه يتعرب كل صور الخفية فى التعاقد ، وأن التزوير والتدليس يعتبران صورتين من صور الخلالة .

(٤) فأوسع مذاهب البصرة إعمالاً للتدليس أو التزوير هو المذهب المالكي ثم المذهب الحنبلية واليهما المذهب الشافعى . ومظهر التضييق عنه الشافعية ، أنهم لا يأخذون بالتزوير إلا إذا كان من شأن الخلة أن تضلل على غالب الناس ، أما إذا انبثقت على المتعاقد ، وما كانت تضلل على غيره من الخلة أن تضلل على غالب الناس ، أما إذا انبثقت على المتعاقد ، وما كانت تضلل على غيره من



وكان طبعياً أن يأخذ الفقه الإسلامى بنظام التفرير أو التدليس ، خلافاً لما فعله بالنسبة إلى الغلط . فهو يقوم على الحيلة والخداع والتضليل . ومن ثم فهو يقوم على أمور مادية خارجية ظاهرة . فالأخذ به إذا لا يتنافى مع النزعة الموضوعية التى تسود الشريعة السمحة . وهذا بخلاف الغلط الذى يقوم : كما رأينا ، على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد تلقائياً فى ذهن المتعاقد ، من غير أن يدفع هو إليه من شخص آخر . بل إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة سماوية تنبأ فى الإنسان الكمال ، وتحارب فيه بالتالى الغش والخديعة والاحتيال والكذب . قد توسعت فى صور التدليس عما يقول به القانون المعاصر ، فاعتدت بالكذب والكتمان فى حالات أوسع مدى مما يقول هو به .

والأصل فى التدليس ، فى الفقه الإسلامى ، كما هو الحال تماماً فى القانون المعاصر . هو أنه يقوم على أفعال تستهدف تضليل المتعاقد وخديعته وجره بذلك إلى التعاقد . وهذا ما يسمى بالتفرير أو التدليس الفعلى . وكل الطرق الاحتمالية التى تكون التدليس فى القانون المعاصر ، والتى سردنا أمثلة لها ، يمكن أن تنسب تحت التفرير الفعلى فى الفقه الإسلامى . وإلى جانب ذلك : يسرد فقهاء المسلمين أمثلة تقليدية لهذا النوع من التدليس . منها التناجش أو النجش ، وهو تواطؤ صاحب السلعة مع آخر على المزايدة فى ثمنها ، حتى يخلع المشتري ويحصله بشرطها بثمان يؤدى إلى غبنه . ومنها التصرية ، وهى ترك لب أنثى الحيوان ، كالبقرة والشاة والناقة ، دون حلب مدة من الزمن ، حتى يمتلئ به ضرعها . لا يهاى المشتري بغرارة لبها ويكونها حلواً<sup>(١)</sup> .

يبد أن أفعال الاحتيال ليست لازمة لقيام التفرير فى الفقه الإسلامى . بل أن الأحوال الكاذبة تنهض ، فى بعض الأحوال ، تدليسا ، إذا قصد بها

<sup>(١)</sup> حواد الناس . فالشامية لا تمنع دعوى التفرير ، اعتباراً بأن المشتري مقصر ( راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤ ) . أما المذهب الحنفى ، فهو أقل مذاهب السنة استناداً بالتدليس .

(١) وقد نهى الرسول ، عليه صلوات الله ، عن التصرية بقوله : « ولا تصروا الإبل والغنم . فمن ابتاعها ، فإنه مضير النظرين ، بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » . وصاع التمر فى الحديث هو مقابل اللبن المطلوب .



الخدبة والتضليل . وهذا ما يسمى ، في الفقه الإسلامى ، بالتغريز القولى . كما أن الكتمان يصلح تغريزاً فى بعض الأحيان ، كما إذا كتم البائع عن المشترى عيباً فى المبيع . ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يتوسع فى صور التغريز القولى عما يفعله القانون المعاصر . فإذا كان الغالب فى الشريعة الإسلامية أن مجرد الكذب كأصل عام ، لا يكتفى لقيام التغريز<sup>(١)</sup> ، إلا أن الفقهاء توسعوا فى الحالات التى يعتبر فيها الكذب أو الكتمان تغريزاً . وأبرز حالات التغريز القائم على مجرد الكذب ، أو التغريز القولى ، حالة الكذب فى بيوع الأمانة .

وبيوع الأمانة هى تلك التى يركن فيها المشترى إلى ذمة البائع ، ويتفق معه على أن يتحدد الثمن على أساس السعر الذى يقره البائع أنه اشترى السلعة به . مع زيادة محددة عليه ( وهنا يسمى البيع ببيع المراجعة ) ، أو نقص فيه ( ويسمى البيع هنا ببيع المواضعة أو بيع الوضعية ) ، أو بلا زيادة ولا نقص ( ويسمى البيع هنا ببيع التولية ) . فى كل هذه الحالات ، يتحمم على البائع أن يكون صادقاً فيما يقوله للمشتري بشأن المبيع ، وخاصة بالنسبة إلى الثمن . فإن كذب . نهض كذبه تغريزاً بالمشتري<sup>(٢)</sup> .

مخلص مما سبق أن الفقه الإسلامى يأخذ بنظام التغريز أو التدليس ، سواء بنى على أفعال أى طرق احتيالية ( تغريز فعل ) ، أو على الكذب أو الكتمان فى حالات خاصة ( تغريز قولى ) . وسواء أكان التغريز من هذا الصنف أم من ذلك ، فإنه يلزم لإعماله ، فى الفقه الإسلامى ، أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، أو من شخص يكون متواطئاً معه ، أو من الدلال أو السماسر الذى كلف منه بتسليم إبرام الصفقة .

(١) ومع ذلك فالظاهر فى ملعب المناهضة أنه يكتفى بمجرد الكذب لقيام التضير . فقد جاء فى الترح الكبير على متن المغتن ( ج ٤ ص ٧٩ ) ما يأتى : « ولو قال البائع أصليت لهذه السلعة ما لم يسط ، فضده المشتري ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، والمشتري انيار أيضاً ، لأنه فى معنى النجش » .

(٢) ويلحق ببيوع الأمانة ، فى الفقه المالكي والحنبل ، ما يسمى « بيع المسترسل أو المستأمن » . وفيه يكشف المقاد أن لا دواية له فيها هو سبيله من التعامل ، ويركن إلى ذمة المتعاقد معه ، ويطلب إليه أن يمامله . كما يماثل غيره من الناس . فإذا كذب المقاد المستأمن على غيره ، اعتبر كذبه تقريراً به ، إجمالاً للحديث الشريف : « غبن المسترسل ظلم » .



وإذا كان التدليس أو التفرير ، في الفقه الإسلامي ، إما فعلى وإما قولى ، إلا أنه يختلف في حكمه باختلاف ما إذا كان من هذا الصنف أو من ذلك . فالتدليس الفعلى يحول دعوى التدليس ، حتى ولو تضمن غيبنا سيرا ، بل حتى لو لم يضحجه غيب ، وكان قائماً على إيهام المتعاقد بوجود صفقة في المبيع ، كإيهامه بأن البقرة حلوب ، وهو ما يسمى بتفرير الوصف . أما التدليس القولى ، فهو لا ينتج أثره إلا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى الغبن الفاحش . على أنه يستثنى من ذلك التفرير القولى في بيع الأمانة . فهو يأخذ حكم التفرير الفعلى . وينتج أثره بمجرد وجود الحيانة ، حتى إذا لم يتضمن الايسر الغبن .  
ويتركز أثر التفرير أو التدليس ، في الفقه الإسلامي ، في ثبوت الخیار للمدلس عليه في أن يبقى على العقد أو يفسخه<sup>(١)</sup> .

### ثالثاً : الإكراه

١٧١ - الإكراه<sup>(٢)</sup> Violence ضبط على الشخص بغير وجه حق ، فيؤثر في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد ، خشية الأذى . ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه ، حتى يحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال ، أو أن يبيع له داره ، أو أن يقر له بالتخالف من دين عليه .

والإكراه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها . ففي حين أن الأخيرين يمسان من التعاقد علمه بما يرتضيه ، بحيث يجيء رضاه

(١) على أنه إذا أدى التفرير إلى الغبن ، فإن بعض المذاهب الإسلامية ، وعلى الأخص المذهب المالكي ، يحول المصاقل الآخر الحق في أن يرجع عن المدلس عليه الغبن ، بأن يحل البائع ، خلافاً من الغبن ، ما يرتفع به الغبن عن المشتري . فإن فعل ذلك - امتنع عن المدلس عليه خيار الفسخ .

(٢) الإكراه ، كسب يشوب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد ، لم يعرف عند الرومان ، إلا في وقت متأخر نسبياً ، يرجع إلى أواخر عهد الجمهورية ، وهو من خلق البريتون . وقد بدأ في صورة دفع منه البريتون لمن يصادقه تحت سيطرة الخوف ، بخية تمكنه من دفع الدعوى الناشئة ضد من العقد الذي أبرمه *exceptio metus* ، ثم أخذت الأمور بالإكراه في سهل التطور إلى أن وصل إلى حيز يشوب الرضاء ، حل نحو ما تفرقه عليه اليوم .



عن غير بيئة بحقيقة الحال ، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار خيم . فرفضه المكره يأتي عن بيته بما يرتضيه . ولكن رضاه لا يجيء عن حرية ، إنما عن قسر وإجباء .

والإكراه ، كعيب يشوب الرضاء<sup>(١)</sup> ، يفسد هذا الرضاء ، دون أن يعلمه . فالشخص المكره يريد التصرف الذي يجريه . وكان في مكنه ألا يرتضيه ، لو فضل تحمل الأذى ، أو استطاع التغلب على سطوة الرهبة التي تولدت في نفسه . فالإكراه يجعل الشخص بين أمرين : إما أن يتحمل الأذى الذي يقع به أو يتهدهده ، وإما أن يرتضي التصرف المعروض عليه . فإن قبل التصرف ، فما ذلك إلا لأنه أراده . كل ما هنالك أن إرادته لم تكن كاملة الحرية والاختيار ، حيث جاءت تحت سلطان الخوف والرهبة ، بحيث إنه لو لا الأذى الذي كان يتهدهده ، لما وقع منه رضاء<sup>(٢)</sup> .

وهكذا نجد أن الإرادة هنا تعتبر موجودة ، وإن اعتورها الفساد ، بسبب مجيئها وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والإرهاب . ومن ثم فالمعقد في حالته يقوم ، وإن تهدهده الزوال<sup>٣</sup> ، وفقاً لمشئته المكره . وإذا وصلنا إلى أننا نقصد بالإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ،

---

(١) والإكراه ، في حقيقة الواقع ، ليس هو العيب الذي يشوب الرضاء . فالذي يشوب الرضاء ويجعله فاسداً هو الخوف أو الرهبة التي تتولد من الإكراه ، وليس هو الإكراه ذاته . وكان الإكراه - باعتبار أنه هو الذي يولد الخوف أو الرهبة التي تنفع إلى التصادق - لا يبدو أن يكون أداة العيب الذي يشوب الرضاء أو وسيلته ، وليس هو هذا العيب نفسه ، مثل الإكراه في ذلك مثل التعديس ، الذي لا يبدو بدوره أن يكون مجرد أداة العيب الذي يشوب الرضاء ، ذلك العيب المتمثل في الغلط الذي يقع فيه المتصادق نتيجة للتضليل والخداع . وقد أدى ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن ينتفوا تسمية « الإكراه » *violence* التي لجأ إليها المشرع الفرنسي ، مفضلين عليه اصطلاح « الرهبة » *contrainte* . ومن هؤلاء الفقهاء : *Beudant* (ج ٨ ص ٨١) - *De Page* (ج ١ بند ٨) و *H. L. et J. Mazcaud* (ج ٢ بند ٢٠٠) . وقد تمس القانون السويسري مع هذه الفكرة فاستعمل اصطلاح « الرهبة » *contrainte* بدلاً من اصطلاح الإكراه (تراجع المادة ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من معة الالتزامات السويسرية) .

(٢) وبعض فقهاء المسلمين تحليل رافع الرضاء بالمعقد ودور الإكراه فيه ، سوف نعرضه فيما بعد ، عند تناول الإكراه في الفقه الإسلامي . راجع ما سيجيء ، نبذة ١٨٠ ..



الضغط الذى يؤدى إلى إفساد الإرادة دون إعلامها ، فإننا نريد بذلك أن نستبعد الإكراه المادى ، الذى من شأنه أن يصور قيام الإرادة حالة كونها معلومة أصلاً . ومثال ذلك أن يمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على محرر ، أو يتسلط شخص على آخر ، عن طريق التويم المغنطيسى ، بحيث يصبح مجرد أداة فى يده ، ويجعله يوقع على محرر . فالإرادة هنا معلومة تماماً . والعقد بالتالى لا يقوم أصلاً . وهذا النوع من الإكراه يكاد يكون غير موجود فى العمل . فهو فرض محض مدرسى ، أو يكاد .

١٧٧ - أهمية الإكراه : أولى الفكر القانونى منذ القدم ، وفى ظل الشرائع المختلفة كلها ، أهمية قصوى للإكراه . ذلك لأنه ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضا ويفسده ، فهو يقوم على العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الإكرام ، فى الفقه الإسلامى بالذات<sup>(١)</sup> ، مكاناً رحباً ما زأ ، وأهم به وجاله اهتماماً كبيراً . بل لعل اهتمام فقهاء المسلمين بالإكراه يفوق إلى حد كبير الاهتمام الذى أولى إياه فى ظل الشرائع الأخرى . بل إنه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم بغيره مما يدخل ، فى النظرة المعاصرة . فى زمرة عيوب الرضا .

وقد أهتم القانون المدنى المصرى بدوره بالإكراه ، وأولاه ما يستحقه من عناية ، وأبرز أحكامه فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ .

### ١٧٣ - شروط الإكراه :

يلزم ، لإعمال أثر الإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضا ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - أن يجرى الشخص التصرف تحت سلطان رهبة بعثت فى نفسه بدون وجه حق .

٢ - أن تكون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد .

---

(١) انظر فى حكم الإكراه فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نيفة ١٨٠ .



٣- أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر ، أو كان هذا المتعاقد الآخر ، في الأقل عالماً بها ، أو كان مفروضاً فيه أن يعلم بها حتماً .

ونتناول كلا من هذه الشروط بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

#### ١٧٤ - الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان الرهبة :

جوهر الإكراه ولبه وأساسه أن يتم التعاقد المشوب به تحت سطوة رهبة تبعث في نفس المتعاقد ، فتفسد منه اختياره ، بحيث يمكن القول بأنه ، وإن أراد التصرف الذي أجراه ، إلا أن إرادته هذه لم تأت عن كامل حرية واختيار ، بل عن ضغط وقسر وإجبار .

فيلزم ، لقيام الإكراه ، أن تبعث في نفس المتعاقد رهبة ، وأن يبرم التصرف تحت سلطانها . والمقصود بالرهبة الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاء المتعاقد ، بحيث تحمله على إجراء تصرف ، ما كان ليرغب فيه لولاها .

وينبغي أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً غيره ممن يكون عالماً بوقوع الإكراه منه ، على نحو ما تقرره المادتان ١٢٧ و ١٢٨ . فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد ، كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص ، كأن أشرف شخص على الفرق واستشعر الخوف من الموت ، وطلب النجاة من آخر ، وقبل منه شروطاً أملاها هذا الأخير لإنقاذه ، أو تولدت الرهبة في نفس المتعاقد بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر ، فإن الإكراه لا يتواجد ، وإنما قد يفتتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء ، هو الاستغلال . وصرف نعود إلى ذلك فيما بعد <sup>(١)</sup> .

ولابد أن تكون الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد ، والتي يبرم التصرف تحت سلطانها ، قائمة حقيقة ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١٢٧/١ . فلا يكفي بالضرورة أن يدعيها المتعاقد ، إن لم يكن لها وجود في الواقع .

(١) راجع ما سبقه ، نية ١٧٨ و ١٧٩ .



وتكون الرهبة قائمة على أساس ، كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، وإذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعى أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

فمن الضروري ، لاعتبار الرهبة قائمة فى نفس المتعاقد ، أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له خطراً جسيماً يهدده ، أى يجعله يعتقد بوجوده . وليس يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً فى حقيقة الواقع . بل إن الرهبة تعتبر قائمة ، حتى لو كان الخطر الذى يهدد الشخص وهمياً ، لو نظرنا إليه فى ذاته ، ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقياً . فمن يهدر مثلاً نتيجة تهديده بمسلس ، فيرضخ لمشقة مهدده ، ويرمى معه تصرفاً ما ، خوفاً من أن يطلقه عليه فيقتله أو يجرحه ، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه ، حتى لو كان المسلس خالياً فى الحقيقة من الرصاص ، على جهل منه .

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص على قدر من الجساماة ، بحيث يؤثر فى المتعاقد نفسه ويجعله ، بين أن يتحمل الأذى أو أن يرمى التصرف ، مقادراً إلى الأمر الأخير ، اعتباراً بأنه أهون الشرين وأخف الضررين . فتهديد الشخص العادى ، مثلاً ، بالصفع على وجهه ، لو أنه لم يبيع منزله ، قد لا يرتقى إلى مرتبة الإكراه ، وإن كان التهديد بذلك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة ، لو أنه وجه إلى شخص يتميز ، لسبب أو لآخر ، بحساسية مفرطة .

ولا أهمية لنوع الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص أو يتصور أنه يهدده . فحسبه أن يبلغ من الجساماة حداً بحيث يفلح فى أن يولد فى نفسه الرهبة التى تجعله على التعاقد . فبيان أن يكون الأذى جسماً ، بأن يحس به المتعاقد فى جسمه ، كما إذا ضرب أو حطب ، وهذا ما يطلق عليه الإكراه الحسى ، أو أن يكون نفسياً ، بأن يخشاه المتعاقد فى نفسه دون أن يستشعره بحسبه ، وهذا هو الإكراه النفسى ، وهو يكون فى الحالة التى يهدد فيها الشخص بإيقاع ما يؤذيه ، دون إيقاعه بالفعل .



ولا أهمية أيضاً لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيما بعد . فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء ، طالما أنه يولد في نفس التعاقد الرهبة التي تدفعه إلى التعاقد<sup>(١)</sup> .

ولا أهمية كذلك لما إذا كان الأذى أو الخطر الذي يتضمنه التهديد موجهاً إلى التعاقد أو إلى غيره ، كإثنية أو أبيه أو أمه أو أخيه أو زوجته أو خطيبته أو صديق عزيز على نفسه ، ما دام هو يولد بالفعل في نفسه رهبة تحمله على التعاقد . ولا يوجد تحديد ، بالنسبة إلى درجة قرابة الغير الذين

---

(١) وقد جاءت المادة ٢/١٢٧ تقول بأن الرهبة التي يبنى عليها الإكراه تعتبر قائمة حل أساس إذا كانت ظروف الحال تصور المصالحات خطراً جسيماً محققاً . وقد يفهم من اشتراط أن يكون الخطر محققاً ، أن يكون حالاً ، أي وشيك الوقوع . ولكن هذا الرأي لا يتفق مع أساس نظام الإكراه . فالرهبة في الإكراه هي بإبرام التصرف تحت سلطان الرهبة . ولا جدال في أن التهديد بخطر مستقبل قد يصل في بعض الظروف إلى بث الرهبة في نفس المتناقد . فالهزم الخطير الذي يهدد ، مثلاً ، شخصاً بأنه سوف يقتله بعد غروجه من السجن ، إن لم يطله مبلغاً من المال ، قد يوقع الرعب في نفس هذا الشخص لدرجة تجعله يلحق لمشيته ، خوفاً من أحوال بطله . فإن قيل ، اعتبر أنه قد تمادى تحت سلطان الرهبة ، وجابت إرادته مشوية بالإكراه . من أجل ذلك عد الفقه المصري إلى تفسير نص المادة ٢/١٢٧ ، بالنسبة لما جاء فيه من وجوب أن يكون الخطر محققاً ، حل أنه ينبغي وجوب أن تكون الرهبة ذاتها هي المحققة بالتعاقد ، بمعنى أن تكون موجودة عند إبرامه للتصرف ، وسيان بعد ذلك أن تكون قد جاءت نتيجة التهديد بخطر حال أو مستقبل (راجع في ذلك السبوري ، الوسيط ج ١ ، نيلة ١٩٤ - جبال زكي ، المرجع السابق نيلة ٨٥ - عبد المنعم الصلدة ، نيلة ١٤٠ ) . وهذا هو نفس الرأي الذي استقر عليه الفقه الفرنسي في مجموعه ، برغم ظاهر نص المادة ١١١٢ فرنسي . فوفقاً لظاهر هذا النص ، يستلزم ، لتقييم الإكراه ، أن يكون الخطر الذي يهدد الشخص حالاً *present* . وقد تطلب هذا الشرط فعلاً بعض الفقهاء ، احتياطاً بأنه إذا كان الخطر مستقبلاً ، فإن الشخص يستطيع أن يدرأه عن نفسه ، بالالتجاء إلى السلطة العامة عند الضرورة . ولكن أغلب الفقهاء في فرنسا لا يسلّمون بذلك . وهم يؤسسون رأيهم حل أن العبارة هي بتأثير إرادة المكره بالأذى الذي يهدده ، عند إبرامه التصرف . وسيان بعد ذلك أن يكون هذا الأذى في ذاته حالاً أو مستقبلاً . ومن أجل ذلك لم يقتضوا بظاهر النص ، وفرضوا عبارة « الأذى الحال *mal present* » الواردة فيه ، حل أنها تمنى أن يكون الخوف من الأذى هو الحال ، لا الأذى نفسه ( أنظر في هذا المعنى *Marty et Raynaud* ، الالتزامات نيلة ١٤٢ - *Planiol et Ripert* ج ٦ نيلة ١٩١ - *De Page* ، للمرجع السابق ٦٠ .



يعتبر تهديدنا بايذائهم إكراهاً لنا<sup>(١)</sup> . بل إن القرابة في ذاتها ليست حماية . كما أنها ، من ناحية أخرى ، ليست بمجرد كافي . فالمسألة مردها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته ، هل من شأنه أن يولد في نفسه الرهبة التي تجعله على ارتضاء التصرف أو لا يولدها . وقد تشعر بالحلب أو بالإعزاز نحو شخص لا يمت لك بصلة القررى ، فيولد تهديده بايذائه في نفسك الخوف الذي يجعلك تبرم التصرف ، درءاً لهذا الأذى عنه . وعلى النقيض من هذا :

(١) وقد لجأ القانون الفرنسى في هذا الصدد إلى تحديد تحكى لا معنى له . فبما في المادة ١١١٣ منه يقول : « يكون الإكراه سبباً لبطالان العقد ، ليس فقط عندما يقع على المتعاقد ، بل أيضاً عندما يقع على زوجه أو فروعه أو أسوله » . وبرغم صراحة هذا النص ، فالفقه الفرنسى الحديث ، في مجموعه ، لا يتقيد بحرفيته . وهو يسير على أن الإكراه يعتبر قائماً ومفسداً لرضاء ضحيته ، حتى لو كان الشخص الذى هدده بايذائه من غير الأشخاص المذكورين في القانون . وفى سبيل التوفيق بين الحكم الذى يقوله به الفقهاء وبين نص المادة ١١١٣ فرنسى ، يقول البعض منجب إن تلك المادة لم تذكر الأشخاص الذين أوردتهم إلا على اعتبار أنها تقيم قرينة قانونية على أن تهديد المتعاقد بايذائهم يعتبر إكراهاً ، تمثلياً مع الغالب وقوعه في حياة الناس ، ومن ثم فلا يقع عليه عبء إثبات أن تهديده بايذائهم ولد في نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد . أما بالنسبة إلى من لم تذكرهم المادة ١١١٣ فرنسى ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من اعتبار تهديد المتعاقد بايذائهم إكراهاً له . ولكن يلزمه هنا إقامة الدليل على أن هذا التهديد ولد في نفسه الرهبة التي دفعته إلى التعاقد ، تأسيساً على أن القرينة المستمدة من المادة ١١١٣ لا تظلم . أما البعض الآخر من الفقهاء ، فقد كانوا أكثر جرأة ، بحيث اكتفوا بالقول بأن الأشخاص الذين أوردتهم المادة ١١١٣ فرنسى مذكورون فيها على سبيل مجرد التمهيل لا الحصر ( راجع في ذلك Marty et Raynaud ، المرجع السابق ، نبة ١٤٣ - Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبة ٩٣ - H., L. et J. Mazaud ، المرجع السابق نبة ١٠٥ - Beudant et Lagarde ، ج ٨ نبة ١٢٩ - Encyc daloz, dr, civil, تحت كلمة Violence رقم ١٢ .

وقد جاءت المادة ١٧٦ من المشروع التمهيلي تقول إن الإكراه يقوم إذا كان من شأن الظروف أن تجعل الشخص يعتقد أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه ، من غير أن تحدد درجة القرابة ، تاركة هذا التحديد للقضاء . وفى لجنة المراجعة ، أبدلت عبارة « أو أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، بعد أن لاحظ - وبحث - أحد الأعضاء أن القرابة قد تكون أوسع مما ينبغي في حالات معينة ، كما أنها قد تكون أضيق مما ينبغي في حالات أخرى . فقد يكون للشخص « صديق أقر عليه من أقاربه » . وهكذا جاءت المادة ١٢٧ ملقى مصرى علواً من اشتراط القرابة فيمن يعتبر تهديدنا بايذائهم إكراهاً لنا ( راجع مجموعة الأعمال التصغيرية ج ٢ في تعليقاتها على المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ) .



قد لا يهيم الإنسان منا أقرب الناس إليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه خادح الأذى . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتولد الرهبة في نفس المتعاقد ، نتيجة تهديده بالحاق الأذى بذات الشخص الذي يكرهه على إيرام التصرف لمصلحه . ومثال ذلك أن يهدد شخص أمه بعزمه على الانتحار ، ان لم يهبه منزلاً أو أرضاً .

هكنا نخلص إلى أن الرهبة التي يتضمنها الإكراه تعتبر قائمة حقيقة في نفس المتعاقد ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، كلما كان من شأن ظروف الحال أن تصور له أن خطراً جسيماً لا قبل له بتحملة أو دفعه ، يهدده هو أو غيره ، ممن يأنثر فيه ليزاؤهم ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أو في أي شيء آخر ، حتى لو كان هذا الخطر وهمياً لا وجود له في الحقيقة . فيكفي أن يكون من شأن وسائل الإكراه ، في الظروف التي بوشرت فيها ، أن جعلت المتعاقد يستشعر الخوف من أذى جسيم يهدده أو يتصور أن يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، طالما تصور أنه لا قبل به إلى دفعه ولا سبيل له إلى تحمله . ويتوجب هنا الاعتداد بالظروف الشخصية<sup>(١)</sup>

المتعلقة بكل متعاقد على حدة . فلا يوجد معيار موضوعي عام يحدد لنا متى تكون الرهبة قائمة على أساس في نفس المتعاقد ، ومتى لا تكون . فالمسألة لا تعلق أن تكون أمراً شخصياً ، أي يتعلق بنفس المتعاقد الذي كان ضحية الإكراه ، من حيث تصوره للخطر الذي يهدده ، ومن حيث أثر هذا الخطر على نفسه . وهكذا فمعيار جسامة الإكراه ليس معياراً موضوعياً عاماً in abstracto ، ولكنه معيار شخصي in concreto ، أساسه ذات الشخص الذي وقع ضحية الإكراه . وفي هذا يقشابه القانون المدني المصري مع القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> ، ولكنه يتخالف مع القانون

(١) أنظر نفس ١٩٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١١٧ مجموعة النقض ص ١٧ من ٢٨٧ رقم ٣٨ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٥/٣/٢٤ طعن رقم ١٩٧٣/١١ أحوال شخصية ، مجموعة توابل التمييز في المدة من ٧٢/١١/١ حتى ٧٩/١٠/١ .

(٢) والحقيقة أن المادة ١١١٢ فرنسي جاءت ، في صدد للمعيار الواجب مراعاته لقيام الإكراه منقسمة بشيء من القموص . ففي حين أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في الإكراه أن يكون من شأنه أن يؤثر في الرجل المقول أي العادي l'homme raisonnable ، نجد أن الفقرة -



الرومانى (١).

وغنى عن البيان أن الناس يتفاوتون في تصورهم للأخطار التى تهددهم ، أو التى يتخيلون أنها تهددهم ، وفى أثر هذه الأخطار عليهم . ثم إن الظروف التى تحيط بهم أثرها فى هذا الصدد . فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة ، والشاب أقوى احتمالاً من الشيخ الهرم ، وقوى الأسباب أقل تأثيراً من ضعيفها ، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أموراً يراها المتعلم أو المتنور مجرد خزعبلات ، كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة ، والتهديد فى مكان منزل أقوى مفعولاً منه فى مكان أهل بالناس ، إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه . وعلينا أن نتناول كل حالة على حدة ، مقتدين بمقياس شخصى ، قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه ، من حيث جنسه وسنه وصحته أو ضعفه وشجاعته أو جبنه وعلمه أو جهله ورزاقته أو خفته ، إلى غير ذلك كله من الصفات التى يقسم بها ، ثم نحدد بعد ذلك ما إذا كان من شأن الظروف الملازمة أن تبعث فى نفسه الرهبة أو لا تبعثها . فإذا تبين للقاضى ، فى الحالة المعروضة عليه ، أن الرهبة قد تولدت بالفعل فى نفس المتعاقد ، وأنها هى

— الثانية تستوجب مراعاة من المتعاقد وجنسه وحالته . وهكذا فالفقرة الأولى تأخذ بالمعيار الموضوعى ، فى حين أن الفقرة الثانية تثير المعيار الشخصى . وكان نتيجة هذا التعارض أن اختلج الفقهاء الفرنسيون . ولكن الرأى الراجح الآن يسير على المعيار الشخصى ، أى يتخذ ضحية الإكراه نفسه أساساً للحكم ( انظر على وجه الخصوص : Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٠٤ - Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٤٢ ) . والقضاء الفرنسى بدوره يسير على هذا الرأى ( راجع على الخصوص : نقض ملى ٣ نوفمبر ١٩٥٩ ، Gez ; Pal ١٦٠-١٦١ ، نقض - عرائض - ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، ببرى ١٩٢٦ - ١ - ١٢١ وتعليق Breton ) . (١) والقانون الرومانى - تأثر أنه يكون الإكراه قد نشأ تحت ظله باعتباره جريمة جنائية ، قبل أن يتطور إلى كونه عيباً يشوب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد - كان يقول بالمعيار الموضوعى . فهو يستلزم ، لقيام الإكراه المبط للعقد ، أن يكون من شأنه أن يؤثر فى أضعف الشجيمان من الناس constantissimam virum . والفقهاء الإسلامى ، بخلاف القانون الرومانى ، يأخذ بالمعيار الشخصى فى الإكراه ، وإن تطلب ، فى مجموعه ، شيئاً من التناسب بين الإكراه الذى يهدد المتعاقد والأمر الذى يجبر على إتيانه . بحيث إن الإكراه لا يصير متوافراً ، إلا إذا كان المتعاقد ، بايرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد دوا من نفسه أى أكبر . . .



التي دفعته إلى التعاقد ، وجب عليه أن يعتبر الإكراه قائماً ، حتى لو كان غيره من الناس ، أو حتى لو كان الرجل العادي ، في نفس الظروف ، لا يستشعر أية رهبة . فالمعيار الذي يجب مراعاته هنا هو معيار شخصي ، أسامه التعاقد نفسه الذي كان ضحية الإكراه ، وليس معياراً موضوعياً مجرداً ، كما سبق لنا أن بينا . وفي ذلك تقضي المادة ٣/١٢٧ مدني بأنه : « ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامه الإكراه » .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام الإكراه ، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة قائمة حقيقة في نفس المتعاقد . وتعتبر الرهبة كذلك ، كلما كان من شأن الظروف المحيطة بالتعاقد ، ومع مراعاة حالته هو الشخصية من حيث جنسه وسنه وجميع مظاهر إنسانيته الأخرى ، أن صورت له بالفعل خطراً جسيماً ، لا قبل له بدفعه ولا سبيل له إلى تحمله ، يتهده هو أو غيره في النفس أو العرض أو الجسم أو الشرف أو المال أو أى شيء آخر (١) . وععب إثبات كون الرهبة على أساس يقع بطبيعة الحال على من يتمسك

(١) وقد سارت محكمة النقض في العديد من أحكامها ، وهي يستند تحديد ماهية الإكراه الموجب لإبطال العقد ، على قولها إن : « الإكراه المبطّل الرضا إنما يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخسر جسم عدي بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باستحالتها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً ( انظر : نقض ٢٢ يناير ١٩٧٤ ، طعن ٣٨/٣٦٥ نقض مجموعة النقض س ٢٥ . لن ٢٠٨ رقم ٣٦ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، مجموعة النقض س ٢١ حصص ١٠٢٢١ - رقم ١٦٣٣ ) . ويلاحظ حل قضاء محكمتنا العليا - وقد جاء في صورة تقرير المبادئ العامة - الأركان الآتية : (١) تصف المحكمة الخطر الذي من شأن الإكراه أن يهد به ضحيته بالخطر ، الأمر الذي من شأنه أن يثير الشبهة في وجوب أن يكون حالاً . وهذا الوصف ، وإن كان متفاوتاً من ذات نص المادة ٢/٢٢٧ ، إلا أنه غير سليم على نحو ما سبق لنا أن بيناه في المتن ، إذ أن المقصود هو أن تكون الرهبة ذاتها هي المحقة بالتعاقد لا الخطر نفسه . (٢) جاء في قبضه النقض أن الخطر الذي ينشأ عن الإكراه يلحق المتعاقد في نفسه أو في ماله ، في حين أنه يمكن له أيضاً أن يلحق أحد شخص من الغير ، إذا كان من شأن التهديد بإلحاقه أن يولد الرهبة في نفس المتعاقد على نحو ما بيناه في المتن .



بالإكراه بغية إبطال العقد . ولهذا أن يقيم الدليل على ما يدعيه بكل طرق الإثبات ، ولو كان العقد رسمياً . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع .  
يفصل فيه في رحاب سلطته التقديرية ، بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائما من شأنها أن تحمله <sup>(١)</sup> .

ولى جانب كون الرهبة قائمة حقيقة أى على أساس ، يلزم أن يتوافر فيها أمر آخر ، هو أن تكون قد بعثت في نفس المتعاقد بلون وجه حتى <sup>(٢)</sup> (المادة ١/١٢٧) . فإن كانت قد بعثت بحق ، ما اعتبرت إكراها <sup>(٣)</sup> . ولكن متى تعتبر الرهبة بغير حتى ؟

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ١٧٢/٤١ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ رقم ١٥٧ - نقض ١٩٧٦/١/٢٩ طعن ٤٠/١٥٥ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٣٠١ رقم ٦٨ - نقض ١٩٧٤/٦/١٢ طعن ٤٠/١٢ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٠٣٥ رقم ١٧١ - نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ طعن ٣٨/١ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٣٣٦ رقم ٥٩ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٨/١٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ طعن ٣٩/١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠٢٢ رقم ١٦٣ - نقض ١٩٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١٧٧ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣ .  
(٢) وفي ذلك يتجاوب قانوننا مع الفقه الإسلامي الذي يقرر بأن الإكراه بحق أو ما يطلق عليه تحت ظله « الجبر الشرعي » يقع غير مؤثر على العقد .

(٣) استلزام أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، هل نحو ما يقول القانون المصري ( المادة ١/١٢٧ ) ، لكن يقوم الإكراه المفسد للرضا ، لا يتفق مع هذا المذهب في جوهره وأساسه . فجوهر الإكراه يتمثل في أن المتعاقد يرتضى العقد تحت تأثير الخوف والرهبة اعتباراً بأن رضاه هنا لا يحى حراً مختاراً . وتستوى الرهبة ، في أثرها على إرادة المتعاقد ، سواء أجاغت بحق ، أى كانت مشروعة ، أم بغير حق ، أى غير مشروعة . في كلتا الحالتين نجد المتعاقد يستشعر الخوف من الآخر ، فيلجأ إلى إبرام العقد بنية أن يتفادها . خوصف الشرعية أو عدم الشرعية ، الذي يمكن للرهبة أن تنتم به ، ليس له أدنى تأثير عليها في ذاتها ، ولا على كونها تتمثل أمراً يرفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، دوماً لمنظر الذي يتهدده . والحقيقة أن استلزام أن تكون الرهبة بغير حتى ، أو ما يسمى بالإكراه غير المشروع *violence injuste* ، يرجع في أصله ، في القانون المعاصر ، إلى القانون الروماني . وهو أمر ناتج من أن الإكراه يبدأ عند الرومان باعتبار أنه جريمة جنائية ، ثم تطور بعد ذلك إلى أن وصل إلى كونه حياً يشوب رضاه المتعاقد ، ويجعل عقده بالتالي قابلاً للإبطال . وقد أراد *Domat* - وهو من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم - أن يجعل من الرهبة التي تتولد بحق إكراهاً يعيب الرضاء ، على قدم المساواة مع الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد بغير حتى . وكان -



تعتبر الرهبة بغير حق ، إذا كان القانون لا يسمح للشخص بأن يعرضها في نفس المتعاقد معه . فالقانون ، في بعض الأحيان ، وفي حدود معينة .

= دافعه إلى ذلك ، على وجه الخصوص ، منع الدائن من أن يهدد مدينة بمقاضاته ، حتى يجعله على أن يدفع له دينه ، إعمالاً لقاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يقر المدل لنفسه بنفسه . ولم يأخذ Pothier - وهو بدوره من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم وأكثرهم تأثيراً على واضعي مدونة نابليون - برأى زميله Domat ، ناهياً منى القانون الروماني ، مطلباً مثله ، لقيام الإكراه ، أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، ثم جاءت مدونة نابليون ، ونحت بدورها منى القانون الروماني . صحيح أنها لم تستلزم صراحة أن يحجب الإكراه غير مشروع ، ولكنها جاءت ، في المادة ١١١٤ منها ، تقول إن مجرد خشية التأديبية Crainte révérentielle نحو الأب أو الأم أو أى أصل آخر ، من غير مباشرة أى إكراه ، لا يكفي لإبطال العقد . وانطلاقاً من اعتبار الخشية التأديبية نحو الآباء تمثل رهبة مشروعة ، وصل القضاء الفرنسي إلى استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، لقيام الإكراه كسبب يشوب الرضا ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، في كل الأحوال . أما إذا كانت الرهبة بحق ، وبمباراة أخرى إذا كان الإكراه مشروعاً ، فإرادة المتعاقد لا تعتبر متعيبية ، وبالتالي يكون العقد غير مهدد بالإبطال . والقضاء الفرنسي يسير على أن الرهبة تعتبر بحق وأن الإكراه بالتالي يعتبر مشروعاً ، فلا يجعل العقد قابلاً للإبطال ، كلما كان للمتعاقد الحق في أن يبعث الرهبة في نفس غريمه ، شريطة أن يستعمل هذا الحق في حدود الغرض الذي تقرر له من أجله ، من غير شطط أو إساءة أو إسراف . وإعمالاً لهذه القاعدة ، قضت المحاكم الفرنسية بعدم قيام الإكراه المنيب للرضا في الحالة التي يهدد فيها الدائن مدينة بمقاضاته ، حتى يجعله على دفع الدين الذي له عليه ، أو تحرير سند به ، أو تقديم كفيل يضمنه ( انظر من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد نقض - عرائض - ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، سيري ١٩٢٦/١/١٢١ وتعليق Chambéry - Breton ١٥ مايو ١٩٤٤ ، ١٩٦١ Bull. Civ. ١١١/٢/١٩٤٤ Gaz. pal. - نقض فرنسي مدني ٥ يونيو ١٩٦١ ، رقم ٢٨٩ ص ٢٣٠ ) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأب الذي يتقدم لكفالة دين على ابنه ، خشية إظهار افلاسه ، لا يحق له التمسك بإبطال الكفالة على أساس الإكراه ( نقض مدني ١٨٧٩/٢/٢٥ ، سيري ١٨٧٩ - ١ - ١٧٣ ) . أما إذا كان القانون يبيح للشخص أن يهدد غريمه بأمر معين فيأثر عليه هذا التهديد ، ولكن من أجل الوصول إلى غرض يتجاوز ذلك الذي أباح القانون التهديد من أجله ، فإن الإكراه يعتبر متوافراً ، ويقع العقد قابلاً للإبطال ، حيث إن الرهبة هنا تكون بغير وجه حق . وانطلاقاً من هذه الفكرة ، قضت المحاكم الفرنسية بأن الزوج الذي يقاوم زوجته مطالبه بالزنى ، فيهددها بالتبليغ ، فتنتفع هي ، خشية العقوبة والبضحية ، إلى أن تحرر له ستاً بدلين ليس عليها في الحقيقة ، فإن تصرفها هذا يقع قابلاً للإبطال على أساس الإكراه ( نقض - عرائض - ١٩٠٣/٤/٦ ، سيري ١٩٠٤ - ١ - ٥٥٠ وتعليق Naquet . وقضت كذلك بأن الشخص الذي يسلم لأخر مبلغاً من المال ، تحت سبب تهديده إياه بالتبليغ =



يجوز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف والرهبة ، فإن فعل ،  
بغية الوصول إلى الغرض الذي سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر ،  
ومن غير شطط أو إسراف أو تعسف ، ورضخ غريمه لما طلبه منه ، ما استطاع  
هذا الأخير أن يدعى أنه كان مكرهاً على إجراء التصرف الذي أبرمه . ومثال

= السجلات الفرنسية من أنه تسبب في جنل حلفاء الاحتلال الألماني تنقله ، يكون له الحق في  
إبطال التصرف الذي التزم بمقتضاه باعطاء المبلغ ، تأسيساً على الإكراه ( نقض مدني ١٩٥٤/٦/٣٠ )  
Sem. jur. ١٩٥٤ ، ٨٢٢٥ ) . وانتظر أيضاً : نقض مدني فرنسي ١٩٥٩/١١/٣ .  
Gaz. pal. ١٩٦٠-١٦-١٦ منشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ من ١٨٧ مع تعليقات Holleaux ،  
ومشور كذلك في Rev. trim. dr. cv. ١٩٦٠ من ١٩٥ مع ملاحظات Mazeaud .  
ويسير القضاء المصري ، وعلى رأسه محكمة النقض ، في نفس الاتجاه الذي يسير عليه القضاء  
الفرنسي ، فيطلب بدوره ، لإعمال الإكراه ، أن يكون غير مشروع ، بمعنى ألا يكون  
مستنداً إلى حق . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ١٩٧٢/١١/٢٧ في مجموعة النقض من ٢٧  
من ٨١٥ رقم ١٥٧ . وقد جاء في هذا الحكم : « مفاد نص المادة ١٢٧ من القانون المدني  
أن الإكراه البطل للرضا لا يتحقق ، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ( ١٩٧٠/١٢/٨ ) ،  
مجموعة النقض من ٢١ من ١٢١٢ - ١٩٧٣/٢/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض من ٢٤  
من ٣٣٦ ) إلا بتهديد المتعاقد المكره بخاطر جسيم يحقق بنفسه أو بماله ، أو باستصال وسائل  
سلط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله  
على الإقرار بقبول ما لم يكن يتقبله اختياراً . ويجب أن يكون القسطن الذي تنولده في نفس  
المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق . وهو يكون كذلك إذا كان الهدف هو الوصول إلى شيء غير  
مستحق ، حتى لو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة » . ويلاحظ في واقع الدعوى التي صدر  
فيها الحكم السابق أن المكره (مؤجر دكان) استعمل وسيلة مشروعة ضد ضحية الإكراه ( مستأجر  
الدكان) تتمثل في تنفيذ حكم صادر له بالطرده ، للوصول إلى غرض غير مشروع وهو قبول ضحية  
الإكراه ( المستأجر ) التنازل عن استئناث كان قد رفضه ضد حكم صادر ضده بعدم إنقاص الأجرة .  
ونقض الحكم بحق بوقاير الإكراه . وانتظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، طعن  
١٩٥٥/٤٠/٢٧ في مجموعة النقض من ٢٧ من ٣٠١ رقم ٦٨ . وانتظر أيضاً : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ،  
طعن ١٩٦٥/٣٨/٣٨ في مجموعة النقض من ٢٥ من ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد صدر هذا الحكم في قضية تتعلق  
وقالها في أن شخصاً استصدر لصالحه حكماً بطرد المستأجر من العين المؤجرة ( عين مؤجرة  
لتكون مدونة ) ، فبعد المحكوم ضده بتنفيذ هذا الحكم ، وجعله تحت سيف هذا التهديد يبيع  
له المباني التي أقامها على العين المؤجرة بشئ يخص ويرتضي زيادة الأجرة . وقد قضى الحكم  
بوقاير الإكراه البطل للعد ، برغم أن المؤجر استعمل وسيلة مشروعة ، وهي تنفيذ الحكم  
بالطرده ، تأسيساً على أنه استهدف غرضاً غير مشروع ، « وهو ابتزاز ما يزيد على حقه » .



الحالة التي نحن بصددھا أن القانون يبيع للدائن أن يهدد مدینة بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، استيفاء لحقه منه . فإن هدد الدائن مدینة بأمر مما سبق ، بغية استيفائه دينه لا أكثر ، وأدى هذا التهديد بالمدين إلى أن وفى الدين ، أو أجرى أى تصرف آخر يستهدف ضمان الوفاء به ، كإبرام الرهن ، كان تصرفه صحيحاً ، وما استطاع الطعن فيه على أساس الإكراه ، حتى لو كان هو فى حقيقة الواقع قد أكرهه على إجرائه<sup>(١)</sup> و<sup>(٢)</sup> .

إذ أن القانون يمنح للدائن هنا سلطة تهديده ، فالرهبة التي تقوم فى نفسه نتيجة لهذا التهديد ، تكون بحق . وقد قدر المشرع أن المصلحة فى أن يتغاضى عن فساد الرضاء إذا جاء نتيجة رهبة تولدت بحق ، وبعبارة أخرى ، نتيجة إكراه مبشروع<sup>(٣)</sup> ، وبعبارة فقهاء المسلمين ، نتيجة جبر شرعى .

(١) وقد تضمن المشروع التهديد للقانون المدنى المصرى نصاً يتضمن هذا الحكم ، وهذا هو نص المادة ١/١٧٨ ، الذى يقضى بأنه : « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ، ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد ، فيثير منه ما يزيد كثيراً على ما فى ذمته من حق » . وقد حذف هذا النص ، لعدم الحاجة إليه ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ١٨٥ ) .

(٢) انظر استئناف القاهرة ٢٨ ج ١ ١٩٦١ المجموعة الرسمية ص ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يشترط فى الإكراه المبطل المقود أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة ، ويقصد بها الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه ، بحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، لا يبطل المقعد للإكراه . وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأب الذى يتقدم لبيان دين على ابنه غوفاً من مقاضاة هذا الابن ، لا يستطيع أن يعطى فى عقد الكفالة بالإكراه ( استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢١ ب ٢٣ ص ٣٥١ ) . وقضت أيضاً بأن انصياع الشركة لدائنها وتقديم ضمانات لم تكفل الوفاء بديونهم عليها لا يخولها الطعن فى تصرفها بالإبطال تأسيساً على الإكراه ( استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٢٤ ب ٢٦ ص ٤٧٩ ) . وانظر عن أحكام القضاء الفرنسى ما سبق لنا أن أشرنا إليه فى ص ٣٦٤ هامش ٣ .

(٣) ونكرر هنا أن الرهبة ، ولو تولدت بحق فى نفس المتعاقد ، من شأنها أن تقصد رضاه ، إذ أن رضاه هذا لا يأتى حراً عتقاراً ، كما أننا نقرر أن استلزام كون الرهبة متولدة بغير وجه حق لتقيد الإكراه المبطل المقعد ، يرجع فى أصله التاريخى فى القضاة المعاصر ، والقانون الرومانى ، حيث كان يعتبر الإكراه جريمة جنائية .

وقد جله أستاذنا الكبير السجورى محاولته يبرر استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، وبعبارة =



والرأى السائد في الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق . فإن كان هذا الغرض غير مشروع ، اعتبرت الرهبة بغير حق ، حتى لو كانت

= أخرى أن يكون الإكراه غير مشروع . وهو في ذلك يبدأ الأمر المسلم ، والذي مؤداه أن الإكراه ، مشروعاً كان أم غير مشروع ، يفسق على الإرادة ويفسدها ، وأنه يجوز بالتالي ، وفقاً لمطلق الإرادة ذاته ، إبطال العقد ، حتى في الحالة التي يكون الإكراه فيها مشروعاً . ولكن في هذه الحالة الأخيرة ، إذا تملك المالك المكره بالإبطال يكون قد فوت على المالك الآخر الغرض المشروع الذي أراد الوصول إليه بالإكراه المشروع الذي لجأ إليه ، ويعتبر هذا منه تمسباً في استعمال حق الإبطال . والتصرف في استعمال الحق يستوجب التعويض . وغير تعويض ما كان عينياً . فيمنع المالك المكره من طلب الإبطال . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبق ، لا على أساس الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة ( راجع السهوري ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ، ص ٢٧٠ هامش ٢ ) .

وهذا القول من أستاذنا محل نظر عندنا . فن ناحية . نجد أن تأسيس بقاء العقد في حالته ، بحرمان المتعاقدين المكره من إبطاله ، على فكرة التعويض عن العمل غير المشروع أمر غير سائغ . فلا يمكن القول هنا بأن المتعاقدين المكره له حق إبطال العقد ، ولكنه يعتبر متسبباً إذا استعمله . فالمتعاقدين هنا وقع بالفعل ضحية الإكراه . وقد تعينت إرادته حقيقة . فكيف يعتبر متسبباً في استعمال حق الإبطال ، إذا كان هو بذلك يسعى إلى الخلاص من عقد لم تأت أفراده حرة في إبرامه ! ولا يقبل منه أن يوصم بالتصرف الجرد أن إبطال العقد ينقض الغرض المشروع الذي سعى غرضه إليه عن طريق تهديده . بقيت فكرة الإرادة الظاهرة التي أثارها الأستاذ الكبير ، ليؤسس عليها بقاء العقد الذي يبرمه المتعاقدين تحت تأثير الإكراه المشروع ، أو الرهبة التي تتولد بحق . وهي بدورها فكرة غير مقبولة أصلاً . لأنه لا توجد هنا إرادة ظاهرة تخالف إرادة حقيقية . فمأمننا إرادة واحدة ، وهي الإرادة الحقيقية ، ما دام التعبير عن الإرادة جاء مطابقاً تماماً لغرض صاحبها . كل ما في الأمر أن تلك الإرادة الحقيقية لم تأت عن حرية واختيار ، وإنما عن ضغط وإجبار . والحقيقة أن تطلب أن يكون الإكراه غير مشروع ، وبعبارة أخرى تطلب أن تكون الرهبة بغير حق ، لثبوت حق طلب إبطال عقد المكره ، يرجع في أصله التاريخي لقانون الرومان . كما ذكرنا . وهو التعبير الذي يقف عنده الفقهاء الفرنسيون . أما في القانون المصري ، فلنا في حاجة إلى كل هذا الصناء لتبرير أن يكون الإكراه غير مشروع . ذلك لأن مجرد تسيب إرادة المتعاقدين ، تحت ظل هذا القانون ، لم يمد كافياً لثبوت حق إبطال العقد ، حتى لو ثبت أن العيب هو الذي دفع المتعاقدين إلى إبرامه ، بحيث إنه ما كان ليعاقبه لولاه . فحده شروط أخرى يتطلبها المشرع ، لاعتبارات معينة قدورها ، كاستقرار المعاملات ومقتضيات العدالة . ومن أهم هذه الشروط اتصال العيب بالمتعاقدين الآخر ، حل نحو أو حل غيره . فليس صحيحاً ببعد ذلك أن يأق المشرع المصري ، فيطلب في الإكراه المبطّل للعقد أن يكون غير مشروع . حيث إنه فضل هنا =



وسيلة الإكراه في ذاتها مشروعة . أما إذا كان الغرض المراد الوصول إليه مشروعا ، اعتبرت الرهبة بحق ، حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة ، ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة .

وإعمال هذا المعيار يؤدي بنا إلى وجود صور أربع في مجال الإكراه هي الآتية :

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه أو بالتشهير به أو بإثارة فضيحة حوله ، من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلزم بإجرائه ، كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده . وحمله على أن يبيع له ماله . من غير أن يكون له حق لا في هذا الأمر ولا في ذلك . ويرى الفقه السائد أن الإكراه يتوافر في هذه الحالة . ولا جدال في صحة هذا الرأي . بل أن الإكراه يتواجد هنا في أبشع صورته .

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع : ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتفويض على أمواله أو بشهر إفلاسه ، حتى يحمله على دفع الدين الذي له عليه<sup>(١)</sup> أكثر : أو تحرير سنده ، أو تقديم رهن أو كفالة لضمائه . والفقه السائد يرى في هذه الحالة أن الإكراه لا يتوافر ، لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق . ولا جدال أيضاً في صحة هذا الرأي . والقضاء يجمع عليه سواء في فرنسا<sup>(٢)</sup> أو في مصر<sup>(٣)</sup> .

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها ، ليحمله على

---

= وبحق - مصلحة المصالح الآخر ، طالما أنه استعمل حقاً يقرره له القانون في تهديده غريمه ، في حدود الغرض المحدد ، ومن غير شطط أو إسراف أو إساءة . وفضلاً عن ذلك فالشرع ، بتقريره أن الإكراه المشروع لا يؤثر في المقعد ، يتجاوب مع الفقه الإسلامي الذي يقضي بأن الإكراه بحق ، أو ما يطلق عليه فيه « الجبر الشرعي » يقع حين يبطل العقد .

(١) انظر الأحكام المشار إليها في الخامس (٣) من صفحة ٣٦٤ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها في الخامس ٢ من صفحة ٣٦٧ .



أن يعطيه مبلغاً من المال لا حق له فيه <sup>(١)</sup> ، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له : إن لم يبيع له أرضاً لاعلاقة لها بالدين <sup>(٢)</sup> . والفقه السائد يرى الإكراه متوافراً هنا ، اعتباراً بأن الرهبة المتولدة عنه بغير حق ، ولا شك أن هذا الرأي بدوره صحيح . والقضاء في فرنسا وفي مصر ، وعلى رأسه محكمة النقض ، مجمع عليه <sup>(٣)</sup> .

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، والمثال الذى يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغاً من المال ، تعويضاً لها عما نالها من ضرر <sup>(٤)</sup> . ويرى أكثر الفقهاء هنا أن الإكراه لا يتوافر ، إلا إذا كان الأمر المهدد به ينطوى على جريمة <sup>(٥)</sup> . كما إذا كان تهديد المرأة عشيقها

(١) راجع نقض فرنسى - عرائض - ٦ إبريل ١٩٠٣ وتعليق Naquet ، سرى ١٩٠٤ - ١ - ٥٥٥ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بطلان سند حورته زوجة لزوجها بدين عليها له ، حالة كونها غير مدنية في الحقيقة ، وذلك على أثر تهديده لإياها برفض دعوى الزنى ضدها . وقد أسس الحكم الإبطال على الإكراه .

(٢) راجع نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، مجموعة النقض ص ٥ ص ٢٠٨ السابقة الإشارة إليه . (٣) انظر من أحكام النقض المصرية : نقض ١٩٧٦/٣/٢١ ، مجموعة النقض ص ٢٧ ص ٨١٥ - نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، مجموعة النقض ص ٢٧ ص ٣٠١ - نقض ١٩٧٤/١/٢٢ . مجموعة النقض ص ٢٥ ص ٢٠٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض مدنى ١٩٥٤/٦/٣٠ ، ١٩٥٤ Sem. Jur. - ٨٣٢٥ - نقض مدنى فرنسى ١٩٥٩/١١/٣ ، ١٩٦٠ Gaz. Pal. ، ١٩٦٠ ، ١٦٠ ، ومنشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ ، ومنشور كذلك في Rev. trim. ١٩٦٠ ص ١٩٥ . والأحكام المذكورة في هذا الحاشى سواء أكانت مصرية أم فرنسية أشير إليها فيما سبق .

(٤) يلاحظ هنا أن التصرف الذى بمقتضاه يعطى العشيق لمشيقة مبلغاً من المال ، يمد انتهاء العلاقة الآتية ، وبغية تمويضها عما نالها من أضرار في الماضي ، مثل هذا التصرف يعتبر ، في ظل القانون المعاصر ، صحيحاً ، على اعتبار أنه لا يخالف النظام العام . بل إن البعض يعتبره واجباً أدبياً يرتقى إلى مرتبة الالتزام الطيبى . وذلك بخلاف الهبات التى يمنحها العشيق لمشيقة ، بغية حثها على بده المعاشرة أو الاستمرار فيها ، فقل هذه الهبات تقع باطلاً ، لخالفها النظام العام وحسن الآداب .

(٥) انظر من يقولون بهذا الرأي : السجورى ، المرجع السابق ، طبعة ٢ ص ٢٧٠ في الحاشى . ويرى الفقيه الكبير أنه ما دام الفرض مشروعاً ، فإن الإكراه المبطل المبدئ لا يتوافر ، حتى لو استعملت وسائل غير مشروعة . وهو يرى أن هذه القاعدة ليست في الواقع إلا تطبيقاً -



بقتله . إذ أن الرهبة هنا . وإن تولدت بوسيلة غير مشروعة ، إلا أن الغرض المقصود منها مشروع . ونحن لا نقر هذا الرأي . إذ أنه لا يسوغ للشخص أن يستعمل ، في سبيل الوصول إلى حقه ، وسيلة لا يجيزها له القانون <sup>(١)</sup> .

من هذا يتبين لنا أن الغرض المقصود من الإكراه لا يكفي وحده معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق . وإنما يلزم أن تضم إليه وسيلة الإكراه ذاتها . فالرهبة تعتبر بحق ، ومن ثم لا يتوافر الإكراه ، إذا استعملت وسيلة مشروعة ، سعيًا وراء غرض مشروع . وتعتبر الرهبة بغير وجه حق : وبالتالي يقوم الإكراه ، إذا كان الغرض المستهدف غير مشروع .

أيًا ما كانت الوسيلة المستعملة ، أي حتى لو كانت في ذاتها مشروعة . كما أن الرهبة تكون بغير حق أيضًا ويقوم الإكراه ، إذا كانت الوسيلة غير مشروعة ، حتى لو كان الغرض المستهدف منها مشروعاً .

---

= لبدأ الذي يقضى بأن الغاية تبرر الوسيلة » . وهو يصل إلى حد تقرير أن الشخص أن يستغنى عنه بنفسه ، ما دام لا يتصف في ذلك ، وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي . وهذا القول من الفقيه الكبير يقتضي الوقوف عنده . فن ناحية ، لا يوجد في القانون مبدأ أن الغاية تبرر الوسيلة . بل إن هذا المبدأ يتناقض مع النزعة الأخلاقية التي تسود القواعد القانونية . ثم إن القول بأن الشخص أن يستغنى عنه بيده غير سليم إطلاقاً . فهو يتناقض مع مبدأ قانون أساسي ، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه ، أو أنه ليس للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه . ملاحظة أخيرة نسوقها على قول أورده الأستاذ الفذ الشهوري في المجال الذي نحن بصدد ، ومؤداه أنه يجوز للشخص أن يهدد آخر - ولو بوسيلة غير مشروعة ، طالما أنها لا تصل إلى حد الجريمة - حتى يحصل منه « على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني » . وهذا القول محل نظر ، حتى لو سلمنا بأن لإكراه هنا مشروع . إذ أن من مقتضيات الالتزام الطبيعي أن لا جبر في تنفيذه (المادة ٢/١٩٩ مدني) ، وإنما يترك أمر أدائه إلى محض أرحمة اللذين . فإن أجبر اللذين بالتزام طبيعي على أدائه أو على التمسك بأدائه مستقبلاً ، كان تصرفه غير صحيح ، حتى ولو لم يتوافر الإكراه بالمعنى القانوني الذي يحمل منه عيباً يشوب الرضاء . وانظر من يقولون بالرأي الذي نعارضه أيضاً : Demogue ، ج ١ نبرة ٤١٨ - Planiol, Ripert et Esmein . نبرة ١٩٦ . وانظر من فقهاء المصريين : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبرة ١٨١ . (١) انظر في اتجاه الرأي الذي نقول به : Mazeaud ، المرجع السابق ج ٢ نبرة ٢٠٢ . وانظر أيضاً De Page ، المرجع السابق نبرة ٩٠ ، حيث يرى أن الإكراه يتوافر إذا لجأ شخص ، في سبيل الوصول إلى حقه ، إلى التهديد باتخاذ إجراءات لا حق له فيها . ويقول في تقرير ذلك إن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف .



ومحدد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق ، وبالتالي تحديد ما إذا كان الإكراه مشروعاً فلا يمس العقد . أو غير مشروع فيدمنه بالقابلية للإبطال ؛ هذا التحديد يعتبر من مسائل القانون ، فيخضع قاضي الموضوع في شأنها لرعاية محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

#### ١٧٥ - الشرط الثاني : الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

يلزم أن تكون الرهبة التي تولدها وسيلة الإكراه هي الدافعة إلى التعاقد ؛ بمعنى أنه لو لاها لا تمتنع المكره من إجراء التصرف .

وشرط كون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد بدسبي ، ولا صعوبة فيه . إذ أن الإكراه لا يؤثر في العقد ؛ إلا على أساس أنه يفسد الرضاء . وهو لا يعتبر كذلك . إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد . فإن ثبت أن المتعاقد . كان ليبرم التصرف ، وبففس الشروط التي تم عليها . حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد ؛ فإن الإكراه لا يعتبر مفسداً لرضائه . وفي هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط .

#### ١٧٦ - الشرط الثالث : اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر :

يلزم في النهاية ، لإعمال الإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضاء ويجعل العقد بالتالي قابلاً للإبطال ؛ أن يكون متصلاً بمن يتعاقد مع المكره . ويعتبر الإكراه هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد مع المكره ، كما هي الحال الغالبة في العمل . بيد أن هذا ليس ضرورياً فيكفي أن يكون المتعاقد مع المكره عالماً بالإكراه أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به . إن وقع من غيره . وهكذا نصل إلى أن الإكراه ، كالتدليس تماماً ، لا يعتبر مفسداً للرضاء . إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر ، أو كان هذا على علم به ، أو كان المفروض

---

(٢) انظر : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، طعن ٣٨/٣٦٥ ق مجموعة النقض س ٢٥ من ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « تقدير كون الأعمال التي تقع بها الإكراه مشروعة هو ما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبنية في الحكم ، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما يقع من الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون . وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٨/١٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٤ من ١٣٥٨ رقم ٢٢٣ .



حتماً أن يعلم به . وفي هذا تقضى المادة ١٢٨ بأنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المسكوه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » .  
ولا توجد في الحقيقة علاقة بين أثر الإكراه في إفساد الإرادة وبين الشخص الذى أصدره ، أكان هو المتعاقد الآخر أم أجنبياً ، ولا بين علم المتعاقد الآخر به أو جهله إياه . فالإكراه يفسد في واقع الأمر رضاء ضحيته مادام هو قد ولد رهية في نفسه دفعته إلى التعاقد ، دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان قد صبر من المتعاقد الآخر أم من غيره ، أو بما إذا كان هذا المتعاقد الآخر يعلم به أو لا يعلم . ولكن المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أن العدالة تقتضى ألا يهدر العقد ، لإضراراً بمصالح المتعاقدين الآخرين ، إذا كان هذا الأخير حسن النية تماماً ، بأن لم يقم بالإكراه ولم يعلم به عند التعاقد وما كان مفروضاً حتماً أن يعلم به وقتذاك . وحسب من وقع ضحية الإكراه هنا أن يرجع بالتعويض على من أكرهه .

ويلاحظ أن مقتضى التقيد بحرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن يؤدى بنا إلى عدم إعمال نظام الإكراه ، إلا إذا كان واقعاً من المتعاقدين الآخرين ، أو كان هذا الأخير عالماً به أو كان المفروض أن يعلم به حتماً . بيد أنه يلزم التوسعة في ذلك والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب . كالولى والوصى والقيم والوكيل . لأن النائب ، وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاقد ، فهو الذى يمثل في إبرام العقد . وأغلب الظن أنه قد جاء سنوياً من المشرع ألا يذكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصيله ، على نحو ما فعله في خصوص التدليس ( المادة ١٢٥ / ١ ) .  
وأياً ما كان الأمر ، فينبغى هنا قياس الإكراه على التدليس ، والقول بأنه يعيب مثله الرضاء ، ليس فقط إذا وقع من المتعاقدين الآخرين بل أيضاً إذا وقع من نائبه . كما أننا نرى هنا وجوب التوسعة في المقصود بالنائب ليشمل كل من يكلفه المتعاقد بالعمل على إجراء الصفقة لحسابه كالسمسار المكلف والتابع<sup>(١)</sup> .



كما إنه يلاحظ أنه ، وإن كان من شأن حرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن تقتضي وجوب توافر شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر في جميع أنواع التصرفات ، إلا أننا نرى مع ذلك قصر تطلبه على المعاوضات وحدها ، دون التبرعات . شأن الإكراه في ذلك شأن ما قلناه في صدد التدليس ، وتأسيساً على نفس الاعتبارات (١) .

### ١٧٧ - أثر الإكراه :

بيننا فيما سبق شروط الإكراه . وإذا توافرت هذه الشروط ، أنتج الإكراه أثره . ويتركز هذا الأثر في دمج العقد بالقابلية للإبطال لمصلحة من جاء رضاؤه متعيماً ، أى لمصلحة الطرف الذي وقع ضحية الإكراه (٢) .

ويثبت حق طلب الإبطال للمكروه . سواء دفعه الإكراه إلى قبول التعاقد ذاته . أم أقصر على حمله على قبول شروط أقسى وأشد وقرأ مما كان يقبل بها العقد من غيره ، شأن الإكراه في ذلك شأن التدليس (٣) .

وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضاء ، ويجعل بالتالي العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يجعلنا نفعل عن مكثون ذاته . من أنه يتمثل من صاحبه عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسؤوليته التقصيرية . وعلى ذلك يجوز لضحية الإكراه ، إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله ، أن يطلب التعويض عما ناله من ضرر من أوقع به الإكراه ، إذا كان لهذا التعويض محل . وإذا وعينا هذا الأمر ، أدركنا أنه يجوز لمن يكره على إبرام عقد معين بشروط تبطله الإبقاء على العقد ذاته ، إذا كان فيه راعياً ، بأن

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٦٦ .

(٢) وهذا الحكم ، إن خالف السائد عند الشافعية والحنفية ، حيث يقع عقد المكره باطلاً عندهم ، وإن خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكره موقوفاً أو فاسداً على خلاف بينهم ، فهو يتفق مع مذهب المالكية ، حيث يثرون بوقوع عقد المكره منعقداً غير باطل وجميعاً غير فاسد ، وفاقداً غير موقوف ، ولكنه يكون غير لازم ، حيث يثبت للمكروه خيار الفسخ .

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٦٨ .



لا يتمسك بإبطاله ، ويتخلص في نفس الوقت من الشروط المبهمة التي أكره على ارتضاها على أساس المسئولية التقصيرية ، إذا توافرت شروطها . اعتباراً بأن ذلك يتمثل تعويضاً عينياً للضرر الذي أوقعه به الإكراه . وفي ذلك يتشابه الإكراه مع التدليس .

### ١٧٨ — هل تصل الخشية التأديبية إلى مرتبة الإكراه؟

بعد أن بينا شروط أعمال الإكراه وأثره ، يحسن بنا أن نتناول بعض الحالات العملية التي ثار حولها الجدل . ومن هذه الحالات الخشية التأديبية . أو السطوة الأدبية *Crainte révérentielle* التي يستشعرها شخص معين نحو آخر ، نتيجة ما يمكنه من عظيم الاحترام والتقدير والإجلال . وهذه : على وجه الخصوص ، وبصفة عامة ، هي حالة الابن بالنسبة إلى أبيه ، والمرعوس بالنسبة إلى رئيسه ، والتلميذ في مواجهة أستاذه ، والمتدين مع رجل الدين .

في هذه الحالات ومثيلاتها ، نجد أن ثمة نفوذاً أدبياً يكون لشخص على آخر ، للأب ، مثلاً ، على ابنه . وهذا النفوذ قد يولد في نفس من يقع عليه رهبة قد تؤدي به إلى الانقياد والانصياع . فهل يعتبر ذلك إكراهاً ؟ لو أن الأب ، مثلاً ، عرض على ابنه إجراء تصرف قانوني معين كبيع أو إيجار أو هبة ، فرفض الابن لمشبته أبيه ، وأجرى التصرف على نحو ماطلبه منه . فمجرد الخشية من أن يغضبه ، ويتأثر السطوة التأديبية عليه ، فهل يجوز هنا للابن أن يظعن في التصرف بالإكراه ، بمقولة إنه أجراه تحت تأثير الخشية التأديبية نحو أبيه ، وبالتالي تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه ؟

القاعدة في ذلك أن مجرد النفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أو السطوة الأدبية لا يعتبر إكراهاً ، طالما لم يقترن به عمل مادي من أعمال التهديد أو الضغط <sup>(١)</sup> . فالنفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أمر يستشعره المرء بذات

---

(١) وقد صرحت بهذا الحكم كثرة من القوانين . فالمادة ١١١٤ مدني فرنسي تقضي بأنه : « مجرد الخشية الناتجة من الإجلال نحو الأب أو الأم أو غيرها من الأصول ، ومن غير مباشرة أي إكراه لا يكفي إطلاقاً لإبطال العقد » . وتقضي المادة ٥١ من قانون الالتزامات والعقود =



نفسه وعلى نحو تلقائي ، ومن غير أن يعدد الأب ، مثلاً ، إلى أن يعثه في نفس ابنه . في حين إنه ينبغي القول بأن الرهبة التي تعتبر إكراهاً هي تلك التي تُبْعَث في نفس صاحبها بفعل فاعل . وذلك واضح تماماً من نص المادة ١٢٧ / ١ التي حددت الإكراه على أنه التعاقد من شخص « تحت سلطان رهبة بعض المتعاقدين الآخر في نفسه . . . » ، ومن نص المادة ١٢٨ التي جاءت تقول : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين » .

والحقيقة أنه قد تواجدت ، منذ بعض الوقت ، في الفكر القانوني المعاصر ، فكرة ترى إلى التوسعة في نظام الإكراه ، وجعله شاملاً لحالات

---

= المغربية (وتقابلها المادة ٥٥ تونسي) بأنه : « الخوف الناشئ من الاحترام لا يجوز الإبطال إلا إذا انتمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية » . وتقضى المادة ٢١٢ لبناني بحكم مماثل . وقد جاء المشروع التمهيلي للقانون المدني المصري متضمناً بدوره نصاً يصرح بنفس الحكم . فقد قضت المادة ٢/١٧٨ منه بأنه : « ولا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وقد علقت المذكرة الإيضاحية على هذا النص بقولها : « ... و التطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي . وهو بمجرد لا يعيب العقد وإنما يبيحه إذا صحبه ( الإكراه ) وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإبطال ( المادة ٢٠ ) ، أو إذا كان هناك تأثير غير مشروع ، على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال أو إساءة الاحترام أو إيجاب لوائده أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ ، بقصد إبراز مغف فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع ، يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عن معين من أعمال الإكراه ... » . وقد حذف نص المادة ٢/١٧٨ من المشروع التمهيلي ، فلم يأت في القانون المدني المصري اكتفاء بالنص الذي تضمن الاستغلال .

وانظر من أحكام القضاء التي قضت بأن مجرد الخشية التأديبية أو النفوذ الأدبي ، وبدون اقتراثها بإجراء مادي للتهديد أو الضغط - لا يعتبر إكراهاً : نقض مدني ١٩٤٣/٢/٢٥ ، مجموعة عمر ج ٤ ص ٥٩ رقم ٢٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يمكن إبطال العقد ، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة . وانظر أيضاً نقض ١٩٤٥/٤/١٢ - مجموعة عمر ج ٤ ص ٦٢٨ رقم ٢٣٧ . وانظر كذلك نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، طين ٣٦/١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢١ ح ١٠٢٢ رقم ١٦٣ . وانظر استئناف أسبوط ١٩٤٣/٢/١٢ ، الهامة س ٢٢ ص ٦٩٨ رقم ٢٤٤ . وقد قضى هذا الحكم برفض دعوى إبطال عقد أبرمته امرأتان لأخيهما ، حالة كونهما متزوجتين وتعيشان في استقلال عنه ، لعدم إمكان القول بوقوع وسائل ضغط منه عليهما حداشاً على قبول ما لم تكونا قنبلانه اختياراً .



يرى الشخص نفسه فيها مضطراً إلى إبرام التصرف ، من غير أن يوجه إليه ضغط أو تهديد من أحد ، كما هو الشأن في الحالات التي يرتضى فيها التصرف تحت تأثير مجرد الخشية أو السطوة التأديبية ، أو تحت تأثير الخوف من خطر ولدته الظروف المحيطة ذاتها . ومرد ذلك إلى الرغبة في حماية التعاقد ، وهى من بعد رغبة نبيلة لما يبررها . بيد أن هذه الفكرة تواجدت في ظل القوانين التي بقيت ملتزمة بالفكر التقليدى ، كالقانون الفرنسى وقانوننا القديم ، وهو فكر يقصر عيوب الرضا على الغلط والتدليس والإكراه . أما وقد أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء ، وهو الاستغلال ، يثبت أقدمه في الفكر القانونى المعاصر وتتحدد معالمة . وأخذ به قانوننا المصرى الحالى بالفعل . فإنه يتعين أن يقصر الإكراه على أصيل مدلوله . تاركاً أمر الحالات التي أريد إقحامها عليه . لتجد مكانها الصحيح في دائرة الاستغلال (١) .

وإذا كانت الخشية التأديبية لا تعتبر في ذاتها إكراهاً ، إلا أنه يمكن الطعن بسببها في العقد ، إذا عمد من تستشعر نحوه إلى أن يفيد منها ، للحصول ممن يحسبها على مغم فاحش أو منفعة مفرطة . وذلك ليس تأسيساً على الإكراه . وإنما تأسيساً على الاستغلال ، الذى سوف نعرض لدراسته بعد قليل . وإذا

---

(١) ويلاحظ ، في خصوص الخشية التأديبية أو السطوة الأدبية وكذلك في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف التي سوف نعرض لها بعد قليل ؛ يلاحظ في خصوص هذين الأمرين كليهما ، أن المشروع التمهيدى لقانوننا المذوق المصرى جاء ، في نصوصه وفي مذكرته الإيضاحية ، مضطرباً حائراً بين الإكراه والاستغلال . فقد جاءت المادة ١٧٨ من انشروع التمهيدى ( وقد حلفت في لجنة المراجعة ) ، في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، تقول إن العقد لا يعتبر قابلاً للإبطال بسبب الإكراه ، إذا كان الطرف الآخر حسن النية « ولم يقصد أن يستغل الطرف الآخر » . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٨ الآتفة ذكرها ، في خصوص الخشية التأديبية ، تقول بدورها إن التأثير غير المشروع الذى من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال يقصد به « استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالد أو رئيس أو لرجل من رجال الدين » . بقصد إبراز مغم فاحش أو منفعة مفرطة . وفي خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، جاءت المذكرة تقول إن من يجه غيره مهدداً بخاطر جسيم « فيستغل هذا الموقف » فهو وإن لم يكن المتسبب في الطرف الملحق ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغم فاحش .



كان بعض الفقهاء وبعض أحكام المحاكم في فرنسا ، وكذلك في مصر تحت ظل قانوننا المدني القديم <sup>(١)</sup> ، قد قالوا بإمكان الطعن بالإكراه في حالة إيزام التصرف تحت تأثير الخشية التأديبية ، فلهم في ذلك عذرهم المتمثل في قصدهم التئيل في إبطال العقد . إذ أن الاستغلال لا يعتبر إلى الآن من عيوب الرضاء في فرنسا ، وكذلك كان الشأن في مصر قبل صدور قانوننا المدني الحالي . أما الذي يدعش حقاً هو أننا لازلنا نرى الكثيرين من فقهاءنا يقولون ، تحت ظل قانوننا الحالي . بأن الخشية التأديبية تعتبر إكراهاً ، إذا استهدف بها الوصول إلى غرض غير مشروع <sup>(٢)</sup> .

### ١٧٩ - الرهبة المتولدة من الظروف :

من الحالات التي ثار فيها التساؤل ، حول ما إذا كان الإكراه يعتبر متوافراً أم لا . تلك التي يرى الإنسان فيها نفسه معرضاً لخطر جسم . دون أن يجيء هذا الخطر نتيجة فعل أحد من الناس . بل نتيجة الظروف المحيطة وحدها ، وتؤدي به هذه الحالة إلى ارتضاء عقد مجحف به . ومثال ذلك أن يشرف شخص على الفرق . فيلتمس النجاة من شخص يراه بجواره . متعهداً له بإعطائه مبلغاً كبيراً من النقود ، لو تقدم لإنقاذه . ومثال ذلك أيضاً أن تستدعى حالة مريض إجراء عملية جراحية عاجلة وخطيرة . فيتفق هو أو أحد من ذويه مع جراح كبير على إجرائها نظير مبلغ باهظ .

(١) انظر استئناف أسبوط ٨ مايو ١٩٢٩ ، الملامة من ٩ رقم ٤٨٧ من ٨٦١ . وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد مطارنة المسيحية ، بتأثيره الديني وسلطته الأدبية تسلط على امرأة وجعلها تتقاد له ، الأمر الذي أدى بها إلى الرجوع عن وصية كانت قد أبرمتها لصالح بعض أقاربها بأرض معينة ، ووقفت هذه الأرض على الفقراء ، وتنصيب المطران نفسه ناظرأ على الوقت ، مع تفويضه في إيفاق الربيع على الفقراء ونحوهم دون ما رقيب عليه في ذلك . قضت المحكمة ببطالان الوقت ، وإن كان قد جانبها التوفيق في تأسيس البطلان على انعدام الرضاء . وواضح من واقعات النزاع أن المحكمة اعتبرت ما وقع من المطران إكراهاً . ولو أن واقعات النزاع حصلت في مصر بعد نفاذ قانونها المدني الحالي الذي أخذ بنظام الاستغلال ، لكان السبيل السوي لظمن في الوقت هو الاستغلال .

(١) انظر في هذا الاتجاه : السهورى ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ - حشمت أبو ستيت المرجع السابق نبذة ١٨٣ - عبد المتعم الصد ، المرجع السابق نبذة ١٧٨ .



ومن أهم القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية في هذا الصدد قضية السفينة الدنماركية Rolf . وكانت هذه السفينة قد أشرفت على الفرق في المياه الإقليمية الفرنسية . فالتمس وبأنها النجدة من إحدى سفن الإنقاذ . فطالب ربان هذه السفينة الأخيرة مقابلها باهظاً مجحفاً . ولم ير ربان السفينة الأولى مناصاً من القبول ، حتى لا تغرق سفينته بما حملت ، ثم طعن بعد ذلك في عقد الإنقاذ ، تأسيساً على الإكراه . فهل يعتبر الإكراه هنا متوافراً حقاً ؟

اختلف الفكر القانوني الفرنسي حول هذا الموضوع اختلافاً كبيراً . ورأى بعض الفقهاء أن الإكراه لا يتوافر في الحالات التي نحن بصدددها . وخجبتهم في ذلك أن أحداً من الناس لا يتسبب في توليد الرهبة التي تدفع المتعاقدين إلى ارتضاء العقد ، إذ أنها تتولد بفعل الظروف المحيطة وحدها ، ولكن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يميل إلى السير في الاتجاه العكسي . بمقولة إن مؤدى نظام الإكراه أن تكون الإرادة غير حرة فيما ترتضيه . أي ما كان الأمر الذي يؤدي بها إلى عدم حريتها تلك ، حتى لو جاء بفعل الظروف المحيطة وحدها <sup>(١)</sup> . وهذا الاختلاف في الرأي في الفقه الفرنسي وجد صداه في القضاء الفرنسي ، فتغايرت أحكامه بدورها ، وإن كان الاتجاه الغالب فيها يميل أيضاً إلى القول بأنه كان الطعن بالإكراه <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Josseland ج ٢ نبة ٨٨ - Planiol .  
Ripert et Esmein ج ١ نبة ١٩٥ - Beudant ج ٨ نبة ١٢ .  
(٢) انظر نقض فرنسي - عرائضي - ٢٧ أبريل ١٨٨٧ ، سيري ١٨٨٧ - ١ - ٣٧٢ ،  
دالوز ١٨٨٨ - ١ - ٢٦٣ . وقد قضى هذا الحكم في قضية السفينة Rolf المشار إليها في المتن  
بإبطال اتفاق الإنقاذ وتخفيض المقابل . وقد جاء المشرع الفرنسي ، بعد صدور هذا الحكم بمدة  
طويلة ، وأصدر قانوناً يمتشى مع مضمون الحكم . وهذا هو القانون الصادر في ٢٠ أبريل ١٩١٦ ،  
الذي نص على أن « كل اتفاق مساعداً أو إنقاذاً أبرم في وقت الخطر وتحت تأثيره ، يمكن ، بناء  
على طلب أحد طرفيه ، إبطاله أو تبديله من المحكمة ، إذا رأت الشروط المتفق عليها غير عادلة » .  
وانظر من أحكام القضاء الفرنسي الأخرى التي قضت بإبطال العقد على أساس الإكراه :  
Seine ١٢ مارس ١٩٤٥ . rev. tr. ١٩٤٥ ص ١٠٨ وملاحظات Boitard .  
وانظر عكس الاتجاه : Clmar ١٣ يوليو ١٩٤٦ ، سيري ١٩٤٦ - ٢ - ١٢٤ ،  
Seine ٢ مايو ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ J ص ٦٩ .



وفي مصر ، الرأي الراجح فقهاً وقضاه يقول كذلك إنه من الممكن الطعن بالإكراه<sup>(١)</sup> .

والرأي السليم الذي يتمشى مع طبيعة الإكراه ذاتها ، ويتوافق مع أصله التاريخي الموروث ، هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة ، كالرهبة المتولدة من الخشية التأديبية تماماً ، لا يعتبر إكراهاً من شأنه أن يدعم العقد بالقابلية للإبطال<sup>(٢)</sup> . فو دى الإكراه ، بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخي ، أن تبعث الرهبة في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، لا أن تتولد تلقائياً بفعل الظروف المحيطة<sup>(٣)</sup> . ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت في نفس المتعاقد بفعل شخص معين ، فلا يكفي أن تكون قد انبعثت تلقائياً في نفس المتعاقد ، بتأثير ظروف تواجدت حوله .

وإذا كان الإكراه لا يتوافر في الحالة التي يبرم فيها شخص العقد تحت سلطان الرهبة التي تتولد في نفسه بفعل الظروف المحيطة ، فإنه من الممكن أن يطعن في العقد على أساس عيب آخر ، هو الاستغلال ، وذلك إذا لجأ المتعاقد الآخر إلى أن يفيد من حالة الحرج والضيق والاضطرار التي تواجده فيها ، فأملى عليه شروطاً تنطوي على عدم تناسب باهظ بين الأخذ والعطاء ، بحيث تمثل تنكراً ظاهراً لأشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

وغنى عن البيان أنه إذا كان الفقه في فرنسا - وفي مصر تحت ظل قانونها القديم ، قد قالوا بإعمال الإكراه في الحالة التي يبرم فيها شخص العقد تحت

---

(١) انظر في ذلك : السهوري ، الوسيط ج ١ ، نبة ٢٠١ .

(٢) تضمن نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى ذكر حالات ثلاثة على اعتبار أن الإكراه لا يتوافر فيها . وهذه الحالات هي : (١) الخوف من المطالبة . (٢) التفوذ الأدبي . (٣) حالة الخوف من خطر تولد الظروف أو ما يطلق عليه حالة الضرورة . وقد قضى النص أنه في كل هذه الحالات لا يقوم الإكراه ، طالما بقيت الأمور في حدودها القانونية ولم تستغل للوصول إلى ابتزاز المال . وقد حذفت هذه المادة اكتفاء بما جاء في القانون متعلقاً بالاستغلال . وهذا ما يدل على أن واضع مشروع القانون المدني يرون - وبحق - أن تلك الحالات ، في مجموعها ، تدخل في نطاق الاستغلال ، ولا تدخل في نطاق الإكراه .

(٣) راجع ما سبق ، نبة ١٧٨ .



سلطان الرهبة التي ولدتها الظروف المحيطة ، فما ذلك إلا للخلاص من عقود كانت تتناقض مع الشرف ونزاهة التعامل ، حالة كون الاستغلال ليس مقررأ تشريعيا . أما في ظل قانوننا المدني الحالي ، الذي أقر نظام الاستغلال في رحابة وسعة ، فليست ثمة حاجة تدعونا إلى التخالف مع أصول الأشياء ، طالما أن التوافق معها يصل بنا إلى الغاية المرجاه .

#### ١٨٠ - الإكراه في الفقه الإسلامي :

أولى الفقه الإسلامي الإكراه بالغ الأهتمام . واهتمامه به يتجاوز إلى حد كبير اهتمامه بغيره مما يدخل ، عندنا اليوم ، في زمرة عيوب الرضا . بل إننا لو أردنا النصفة ، لحق علينا أن نقول إن الإكراه هو الأمر الوحيد الذي يمثل في الفقه الإسلامي ، عيباً للرضاء ، بمفهوم هذا الاصطلاح في فقه القانون المعاصر . فهو وحده الذي عاجله فقهاء المسلمين على أساس أنه يؤثر في التراضي<sup>(١)</sup> . وهو وحده الذي يمثل ، في بعض المذاهب الإسلامية ، أمراً يمس إنعقاد العقد فيبطله ( وهذا ما تقول به الشافعية ) ، أو يمس صحة العقد فيفسده ( وهذا هو الراجح في فقه الحنفية ) .

وأبرز مظاهر اهتمام الفقه الإسلامي بالإكراه أنه عاجله في إطار نظرية عامة ، ولم يعالجه بمناسبة تصرف معين من التصرفات ، كما يفعل عادة بالنسبة

(١) يفرق فقهاء المسلمين ، بصدد التراضي ، بين ثلاثة أمور :

١ - الإرادة أو القصد : وتمثل في عزم الشخص على إتيان الفعل .  
٢ - الاختيار : ومؤاده أن تكون للشخص الحرية في أن يأق الفعل الذي عزم على إتيانه أو أن يهجم عنه .

٣ - الرضاء : ويقصد به هنا معنى خاص مؤاده أن يكون الشخص مسروراً بما فعل راضياً فيه ومرتاحاً إليه ( انظر مصطلق الزرقا المرجع السابق ، نبذة ١٨٤ - السهوري ، المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٠ حاشية ١ ) .

والإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، لا يمس إلا العنصر الأخير ، أي عنصر الرضاء . لأن المكره يريد أن تصرف الذي يجبره . وهو يجبره عن اختيار ، إذا كان في مقدوره أن يتركه ، لو قبل على نفسه تحمل الأذى الذي يتهده . ولكنه لا يكون راضياً عما يفعل . لأنه يأتيه ، لا عن رغبة فيه وأرتياح إليه ، ولكن ليهدأ عن نفسه الأذى الذي يتهده . فهو يأق الفعل ، باعتباره أهون الشرين وأخف الضررين .



إلى التفرير والغبن . الأمر الذى جعل الفقهاء يفردون له ، فى مؤلفاتهم ، باباً خاصاً<sup>(١)</sup> .

واهتمام الفقه الإسلامى بالإكراه له فيه ما يبرره . فهو . باعتباره ضغطاً يسلط على المتعاقد ، وفى أغلب الأحيان من المتعاقد الآخر . يتسق مع التزعة الموضوعية التى تسوده . وأكثر من ذلك ، فالفقه الإسلامى . باعتباره مراة الشريعة الدينية السمحة . يعمل على أن يكون الجزاء رهيناً بالاختيار عند الفرد ، ويحارب بذلك ما يسلط عليه من سبل الضغط والقسر والإجبار . وتمشياً مع هذه الفكرة . جاء القرآن الكريم يحارب الإكراه فى العقود ، بقوله عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وجاء الرسول الأمين يقول : « إن الله دفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ويعرف الإكراه ، فى الفقه الإسلامى ، بأنه « حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى نفسه » .

وفقهاء المسلمين ينظرون إلى الإكراه . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . نفس نظرة القانون المعاصر إليه . فهو لا يعدم الإرادة ولا الاختيار . وإنما يعدم فقط ما يطلقون عليه « الرضاء » ، بالمعنى الخاص لهذا الاصطلاح عندهم : والذى يفيد مجرد الرغبة فى الأمر والارتياح إليه<sup>(٢)</sup> . وهكذا فالاختيار موجود ، ولكنه فاسد .

ويلزم لإعمال الإكراه ، فى ظل الفقه الإسلامى ، توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون الإكراه جسيماً ، بمعنى أن يكون الأذى الذى يهدد

---

(١) بل أن فقهاء المسلمين ، فى معالجتهم لنظرية الإكراه ، لم يتناولوه فقط على أساس أنه يعيب الرضاء فيما يسمونه التصرفات القولية ( وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « التصرفات القانونية » ) ، بل أنهم تناولوه أيضاً باعتباره أمراً يس ما يطلقون عليه التصرفات الفعلية ( وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « الوقائع القانونية » ) ، مدنية كانت أم جنائية أم دينية .

(٢) انظر ما سبق ص ٣٨١ هامش (١) .



الشخص كبيراً . ويراعى ، فى تحديد جسامة الإكراه ، معيار نسبي ذاتى يتعلق بحالة من يقع عليه ، تماماً كما يقضى القانون المعاصر . فاقـد يعتبر إكـراماً للمرأة ، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى الرجل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الضعيف والقوى (١) .

وفى صدد جسامة الإكراه ، يميز الفقهاء بين نوعين : (١) إكراه ملجئ ، أو تام . وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو أحد أعضاء الجسم ، كالتهديد بالقتل والضرب . (٢) إكراه غير ملجئ أو ناقص . وهو الذى لا يهدد النفس أو أحد أعضاء الجسم ، وإنما يقتصر على أن يسبب الاغتمام البين والضيق الشديد (٢) ، فيستطاع الصبر عليه ، من غير تعريض الحياة أو أحد أعضاء الجسم للخطر ، أو من غير فوات النفس أو العضو كما يقولون .

ولا أهمية لتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ ، فى مجال العقود (٣) . فكلاهما ينهض عاملاً مؤثراً فيها ، بشرط أن يكون جسيماً .

وإذا كان الإكراه جسيماً ، فلا أهمية لما إذا كان يهدد النفس أو الجسم أو الشرف أو العرض أو المال . كما أنه لا أهمية لما إذا انصب الإكراه على المتعاقد نفسه أم على أحد غيره ، ممن يهـمه أمره . بيد أن الظاهر هو أن الفقه الإسلامى ، يلجأ هنا ، كما يقول القانون الفرنسى ، إلى تحديد الأشخاص

---

(١) ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يميل إلى تقرير شيء من التناسب بين الخطر الذى يهدد الشخص والعمل الذى يجبر على إتيانه ، بحيث لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان الأول أشد أذى من الثانى ، وبعبارة أخرى لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان المتعاقد ، بإبرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

(٢) ويبدو أن الفقه الجفرى يقول بتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ . فى معنى آخر مختلف تماماً . فالإكراه الملجئ هو ذلك « الذى يهدم الإرادة كلية . أما الإكراه غير الملجئ ، فهو ذلك الذى يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ، ولكن انبيات الإرادة والقصد وقها دفناً للقرار للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره باتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك ... فالملجئ يسلب الإرادة والرضا . وغير الملجئ يسلب الرضا وطيب النفس ، دون الإرادة ( كاشف النطاء ج ٣ ص ١٥٦ ) .

(٣) وإنما تظهر أهمية تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ فى صدد ما يسمى ، فى الفقه ، بالتصرفات القطعية ، وهى التى تقابل الوقائع القانونية فى لغة القانون المعاصر .



الذين يعتبر المتعاقد مكرهاً يهدده بلحاق الأذى بهم . فهم يتحدون ، في بعض كتب الفقهاء ، بالابن والأب وكل ذى رحم محرم<sup>(١)</sup> ، ويتحدون في البعض الآخر بالابن وحده .

٢ - ويستلزم الفقه الإسلامي أن يكون الإكراه بغير حق ، مثله في ذلك مثل القانون المعاصر تماماً . فالإكراه بحق ، أو ما يسمى في لغة الفقه الإسلامي « الجبر الشرعي » ، لا يؤثر . ومثال ذلك أن يجبر القاضى المدين على بيع أمواله لسداد الديون التي عليه .

٣ - ويستلزم الفقه الإسلامي أن يقع الإكراه من شخص قادر على تحقيق ما أوعده ، أى قادر على تنفيذ تهديده ووعيده . وهذا شرط لا يتطلبه القانون المعاصر . ولا نفهم له حكمة . إذ العبرة في الإكراه بالرهبة التي تتولد في نفس المكره . وقد تتولد هذه الرهبة في نفسه ، حتى لو كان غريمه غير قادر على تنفيذ ما أوعده به ، طالما هو يعتقد قنبرته عليه .

هذه هي الشروط التي يستلزمها الفقه الإسلامي لإعمال الإكراه . وذلك إلى جانب الشرط البدئى ، وهو كون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يخالف القانون المصرى من حيث إنه لا يشترط اتصال الإكراه بالتعاقد الآخر . فالإكراه : تحت ظله ، معتبر : حتى إذا كان واقعاً من غير التعاقد الآخر . ودون تواطؤ منه . وحتى لو كان هذا غير عالم بوقوعه : بل حتى لو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به . بل إن المذهب المالكي يتوسع في ذلك إلى حد بعيد ، فيعتد بالإكراه : حتى لو تبأ مصادقة ، على غير علم من التعاقد الآخر . ومثال ذلك أن يضطر المدين إلى بيع ماله ، سداداً لديونه . وهذا ما يسمى « بيع المضغوط » . فبيع المضغوط ، في الفقه المالكي ، يأخذ حكم بيع المكره .

---

(١) انظر الميسوط ، ج ٢٩ ص ١٤٣ ، ١٤٤ . وقد أشار إليه الأستاذ السهورى في مؤلفه . وانظر أيضاً المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران التي تنص بأنه : « الإكراه بحسب الوالدين و الأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بعضهم يعلم الرضا أيضاً » .



وإذا توافرت في الإكراه شروطه ، أنتج أثره . ويختلف أثر الإكراه ، في الفقه الإسلامي ، باختلاف مذاهبه . وهو يتدرج فيها من العنف إلى اللين : فعند الشافعية ، الإكراه يبطل التصرف . فيكون عقد المكره باطلا . كعقد الصبي غير المميز والمجنون <sup>(١)</sup> . وهم يستنون في ذلك إلى قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » . ويقول المذهب الجعفري بنفس مايقول به الشافعية من بطلان عقد المكره . وهو في ذلك لا يفرق بين الإكراه المادى الذى يعدم الإرادة بالكلية ، وبين الإكراه المعنوى الذى يفسد الاختيار فحسب <sup>(٢)</sup> . وعند الحنفية ، يختلف حكم الإكراه . فعقد المكره يقع موقوفاً على إجازته عند زفر . ولكنه يقع فاسداً عند أبى حنيفة وصاحبيه . وهذا هو رأى الراجح في المذهب . بيد أن القائلين هنا بالفساد لا يقرون لعقد المكره نفس حكم العقد الفاسد بوجه عام . بل هم يميزونه عنه بالأمر الثلاثة الآتية : (١) الفساد في عقد المكره يزول بإجازته . اعتباراً بأنه يقرر لمصلحته ، خلافاً للفساد بسبب آخر : حيث لا يزول بالإجازة ، اعتباراً بأنه مقرر حماية لحق الله وليس لحق العبد . (٢) بخلاف العقد الفاسد بوجه عام ، لا يزول الفساد في بيع المكره بتصرف المشتري في المبيع لأحد من الغير . (٣) إذا أكره البائع على البيع لمشتري غير مجبر على الشراء ، وتسلم هذا الأخير المبيع ، سقط حق البائع المكره في التمسك بالفساد ، وذلك بخلاف الفساد الذى يلحق العقود بوجه عام ، حيث لا يحول قبض المشتري المبيع دون حقه في الفسخ استناداً إلى فساد البيع <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر المبسوط ، ج ٢٤ ص ٥٦ وما بعدها . وقد جاء في هذا المؤلف القيم ، الذى يعتبر من أمهات كتب الفقه الحنفى ، عرضاً للمذهب الشافى : « وقال الشافى تصرفات المكره قولاً تكونونوا ، إذا كان الإكراه بغير حق ، بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ... وحيث في ذلك قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » .

(٢) انظر : كاشف الظاه ، ج ٣ ص ١٥٣ .

(٣) ويلاحظ أن المذهب الحنفى يضيق من نطاق الإكراه . فهو لا يعمله في التصرفات التى لا تحتل الفسخ عنه ، كالزواج والطلاق والعتق والتزويج . وهكذا فطلاق المكره ، في المذهب الحنفى ، صحيح . ولكنه يقع غير معتبر عند المالكية والشافعية والحنابلة . انظر ابن القيم في اعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٤٣ ، أشار إليه في مؤلف الأستاذ السبوى .



أما عند المالكية ، فالإكراه لا يمس انعقاد العقد بالبطلان ( كما تقول الشافعية والجعفرية ) ولا يمس صحته بالفساد ( كما يقول الرأى السائد في الفقه الحنفي ) ، ولكنه يقتصر على أن يجعل منه عقداً غير لازم ، بمعنى أنه يثبت للمكره خيار الفسخ .

#### رابعاً : الاستغلال

١٨١ — الاستغلال exploitation بوجه عام نظام قانوني مؤداه أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر ، كحاجة ملجئة تتحكم فيه ، أو طيش بين يتم به . أو هوى جامع يملكه . أو خشية تأدية تسيطر عليه ، فيجعله يرم عقداً ينطوى . عند إبرامه ، على عدم تناسب باهظ بين أخذه منه وعطائه له : فيؤدى به إلى غرم مفرط . بحيث يمثل عقده هذا تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

والاستغلال أمر جد شائع في العمل . وله صور تكاد تكون تقليدية . ففرط تكرارها يوماً بعد يوم . ومن هذه الصور أن تستغل زوجة ، في مقبل العمر ، دلالها على زوجها الشيخ الهرم . وما يرتبه هذا الدلال في نفسه من هوى جامع لإرضائها والتودد إليها . وتحمله بذلك على أن يهب ماله لها أو لأولادها منه . ومنها أيضاً أن تتزوج عجوز بشاب ، فيستغل هذا فيها هواها الجامع نحوه في حملها على إجراء التصرف له في أموالها . ومن هذه الصور كذلك أن يستغل أحد من الناس ، لاسيما من نهاز القرص منهم ، الطيش والترق في أحد من صغرى السن من الشباب ، وعلى الأخص حديثي العهد بإرث المال عن أقربائهم ، فيجعله يرم معه عقداً يتضمن له فادح الغبن . كما إذا استغل طيش الشاب في جعله يبيع أرضه أو داره بثمان زهيد لا يتناسب البتة مع قيمتها . أو استغل فيه هذا الطيش لجعله يشتري منه أشياء بأثمان باهظة .

١٨٢ — ويجب عدم الخلط بين الغبن والاستغلال . فالغبن هو مجرد عدم التناسب بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه ، ومثاله أن يبيع شخص شيئاً :



تبلغ قيمته ألف جنيه . بخمسمائة أو ثمانمائة ، أو أن يشتري هذا الشيء بألفين أو ألف وخمسمائة . وقد يجيء الغبن نتيجة الاستغلال ، كما إذا استغل المشتري الطيش البين أو الهوى الجامع في مالك الشيء ، فيجعله يبيعه له بثمان زهيد . ولكن ليس من الحتم أن يأتي الغبن وليد الاستغلال . فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة إلى المتعاقد ، دون نظر إلى الوسيلة التي أدت إليها . فالغبن يتوافر ، مثلاً ، إذا باع الشخص ماله بثمان بخس ، حتى لو كان هو الذي سعى بنفسه إلى البيع بهذا الثمن . ولم يفعل المشتري إلا أنه قبل منه ما عرضه عليه .

أما الاستغلال ، فهو . كما بينا ، الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من ناحية من نواحي الضعف الإنساني في المتعاقد . يجعله يرتضى تصرفاً يؤدي به إلى غرم مفرط فادح .

هكذا يظهر أن الفارق بين الاستغلال والغبن يتركز في أن الأول قد يكون وسيلة تؤدي إلى الثاني ، وإن لم تكن وسيلة حتمية . حيث إنه من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال . ثم إن الاستغلال ، من ناحية أخرى . أعم من الغبن . فيمكن أن يجد له مكاناً في التبرعات ، إلى جانب المعاوضات ، بل إن التبرعات تتمثل بمجاله الرحب الحصيب . وذلك في حين أن الغبن لا يكون بطبيعته إلا في المعاوضات . فقوام الغبن عدم التناسب المالي أو الاقتصادي بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه . فلا يكون من ثم إلا في العقود التي تنطوي على الأخذ والعطاء ، أى في المعاوضات ، ولا يكون في التبرعات ، حيث يوجد عطاء بلا أخذ . وأخذ بلا عطاء . كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظام الاستغلال في العقود الاحتمالية . وهى تلك التي لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنها وقت إبرامها ، كعقود التأمين . وذلك في حين أن الغبن لا يتواجد في هذا النوع من العقود كنظام قانوني من شأنه أن يؤثر فيها . إذ أنها تقتضى بذات طبيعتها احتمال الكسب أو الخسارة لهذا الطرف فيها أو لذاك <sup>(١)</sup> .

(١) راجع فياسيق : السهورى ، المرجع السابق بقية ٢٠٢ .



١٨٣ — والاستغلال ، كعيب يشوب الرضاء ، نظام تحديث العهد  
 نسبياً في دنيا القانون : فهو لم يعرف ، كنظام شامل يسرى على التصرفات  
 القانونية في مجموعها ، إلا من عهد ليس يجد بعيد . ولعل القانون المدني  
 الألماني <sup>(١)</sup> هو الذي أوحى بفكرته للمدونات القانونية التي تلته .

أما في القديم ، فلم يكن نظام الاستغلال معروفاً . وقد كان يستعاض عنه  
 جزئياً بنظام الغبن . بل حتى هذا النظام الأخير بقي محدود الأثر . فلم يكن له  
 تأثير في العقود إلا في نطاق ضيق محدود . وفي حالات استثنائية خاصة  
 تحددها النصوص .

وفي الوقت الحاضر ، ويتأثر نزعة العدالة الاجتماعية من وجه ، والرغبة  
 في مكافأة إفادة البعض من ضعف الآخرين من وجه آخر ، بدأ نظام  
 الاستغلال يشق طريقه ويرسخ أقدامه في عالم القانون . وهو ، إذا كان  
 يرجع في نشأته إلى قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية ، وعلى الأخص  
 القانون الألماني ، إلا أنه امتد ليجد مكاناً رحباً في قوانين كثير من البلاد  
 الأخرى ، حتى البلاد اللاتينية النزعة . وقد أخذ القانون المصري بنظام  
 الاستغلال ( المادة ١٢٩ ) . ومنه انتقل إلى قوانين بلاد عربية أخرى .  
 كالقانون السوري ( المادة ١٣٠ ) ، والقانون الليبي ( المادة ١٢٩ ) ،  
 والقانون العراقي ( المادة ١٢٥ ) . وأخيراً جاء القانون المدني الكويتي فأوسع  
 لنظام الاستغلال رحابه ، خاصاً إياه بثلاث مواد ، هي المواد من ١٥٩  
 إلى ١٦١ .

١٨٤ — ونظام الاستغلال ذو شقين : فهو ، من ناحية أولى ، يحارب  
 التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه في التصرفات عموماً ،  
 دون الاقتصاد على بعض محدد منها ، ودون الوقوف على نوعية معينة من  
 العاقدین . متخالفاً في ذلك مع نظام الغبن . بل إن نظام الاستغلال يسرى  
 أيضاً ، وكما سبق لنا أن بينا ، على عقود التبرع ، ويرى فيها الحقل الخصيب

(١) صدر القانون المدني الألماني في ٢٦ أغسطس ١٨٦٦ ، وتنفذ في أول يناير ١٩٠٠ .



لإعماله ، في حين أنها تتمثل مجالا مستقلاً على العن . ومن ناحية ثانية ، لا يحارب الاستغلال التضاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء أو الإفراط في الغم ، إلا إذا جاء نتيجة استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني في العاقد . ذلك الضعف الذي رأته المادة ١٢٩ متمثلاً أساساً في الطيش البين والهووى الجامح .

وقوام الاستغلال أمران ، يتمثل أحدهما وسيلة تستهدف الوصول إلى الثاني . فهو يقوم على استغلال الضعف الإنساني في العاقد ، بغية الوصول منه إلى غم مفرط .

وقد غلب القانون الألماني الأمر الأول . فنظر إلى الاستغلال من زاوية أنه ينطوى ، في المقام الأول ، على استغلال الضعف في التعاقد . وقد أدى به ذلك إلى أن يرى فيه مخالفة لحسن الآداب : من شأنها أن تدفع التصرف بالبطلان المطلق <sup>(١)</sup> (المادة ١٣٨ ألماني) .

ولكن النظرة الألمانية لنظام الاستغلال لم تسد في الفكر القانوني المعاصر . حتى في البلاد الأخرى التي تسير قوانينها على نهج الجرماني : كدولة اللاتزمات السويسرية . ذلك لأن استغلال الضعف في العاقد ، وإن كان يتمثل تنكراً لشرف التعامل ، إلا أنه مع ذلك لا يصل في تدنيه إلى مرتبة الأعمال التي تعتبر مخالفة لحسن الآداب . على نحو ما يقصد بهذا الاصطلاح .

وإذا كان الفكر القانوني لم يتقبل النظرية الألمانية للاستغلال على اعتبار أنه ينطوى على مخالفة لحسن الآداب ، فقد نظر إليه على اعتبار أنه يتمثل عيياً في الرضاء ، متأثراً في ذلك بمشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢) ، الأمر الذي دعاه إلى أن يرى الجزاء المترتب عليه لا يتمثل في بطلان التصرف ، وإنما يتمثل : في أبعد الجدد ، في دمهه بالقابلية للإبطال .

وقد أثر القانون المدني المصري أن يتمشى مع هذه التزعة الأخيرة .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى التي أصبحت بعد التعديل المادة ١٢٩ من القانون ، بمجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ صفح ١٩٠ .



وهي من بعد الترتعة التي تنتهجها قوانين أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال<sup>(١)</sup>.

وقد راعى المشرع ، في اعتبار الاستغلال عيباً في الرضاء ، أن ناحية الضعف في العاقد التي تستغل فيه ليبرم تصرفاً يؤدي به إلى الإفراط في الغرم ، تصل به إلى أن رضاه لا يكون تام السلامة . فهو إما أن يأتي عن غير كامل بينة : كما لو استغل فيه طيشه البين ، وإما أنه يأتي عن غير كامل اختيار ، كما لو استغل فيه الهوى الجامح الذي يتملكه ويؤسره . وإذا كان عدم اكتمال البينة أو عدم اكتمال الاختيار في العاقد لا يصلان إلى مرتبة الغلط أو الإكراه على النحو العادي المألوف . فإن مجيئهما وليدى الاستغلال ينهض بهما إلى درجة إن لم تصل إليهما ، فهي تقاربهما . فكأن الاستغلال لا يعلو . في الحقيقة ، أن يكون توسعاً في عيوب الرضاء التقليدية ، لاسيما الإكراه والغلط . وهو توسع يشفع له قيام الاستغلال على التنكر لشرف التعامل تنكراً مزدوجاً يشمل الوسيلة والغاية في آن معاً . فهو يقوم على استغلال الضعيف في العاقد ، بغية الوصول إلى الإفراط الفاحش في الغرم .

#### ١٨٥ - شروط الاستغلال :

ركز القانون المدني شروط إعمال الاستغلال وأثره في المادة ١٢٩ . التي جاءت تقضى بأنه : ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يطل العقد أو أن يقتصر التزامات هذا المتعاقد . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة . ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن .

(١) ومن هذه القوانين مدونة الالتزامات السويسرية ( المادة ١١ ) ، والقانون البولوني

( المادة ٤٢ ) ، والقانون الصيني ( المادة ٧٤ ) ، ومشروع القانون الفرنسي للإبطال ( المادة ٢٢ ) .



ومن هذا النص يبين أنه يلزم ، لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره ، توافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع في المتعاقد . (٢) الوصول بالاستغلال إلى تحميل المتعاقد بغرم مفرط . (٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول - فيما يلي - كلا من هذه الشروط بالإيضاح .

#### ١٨٦ - الشرط الأول : استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع :

قوام نظام الاستغلال وأساسه هو أن يعدد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يلمسها في آخر ؛ ليحصل منه على غم فادح ويحمله بالتالي بغرم مفرط . فيعمل نظامنا على أن يفوت عليه قبيح قصده . فنظامنا يتسم بنزعة أخلاقية ظاهرة . بل إن هذه النزعة هي سر وجوده ، وبفرة نشأته <sup>(١)</sup> .

وإذا تمسنا مع منطق الأمور ذاته ، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني ، أياً ما كان نوعه أو طبيعته ، من شأنه أن يقيم الاستغلال ؛ طالما أنه . قدر استغل بالفعل في صاحبه . ومع ذلك فقد قصرت المادة ١٢٩ مظاهر الضعف الإنساني ، التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال ، على الطيش البين والهوى الجامع . بعد أن كانت المادة التي تقابلها في المشروع التمهيدي (المادة ١٧٩) مرنة فضفاضة ، ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . وعلى العموم عدم صلور الرضاء عن اختيار كاف <sup>(٢)</sup> .

(١) وهذا ما أدى بالقانون الألماني - وهو الذي أوسى الفكر القانوني المعاصر بنظام الاستغلال - إلى أن يمنع التصرف الذي يأتي نتيجة الاستغلال بالبطان المطلق ، اعتباراً بأنه يتناقض مع حسن الآداب . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٨ ألماني بأنه : « يقع باطلاً كل تصرف يخالف لحسن الآداب . ويبطل على الأغص كل تصرف قانوني يصل بمقتضاء شخص - باستغلاله حاجة الغير أو غفته أو عدم خبرته - إلى أن يأخذ منه لنفسه أو لشخص آخر » ، أو يحمله يتعهد بإعطائه هو أو إعطاء هذا الشخص الأجر ، كقابل لشيء يؤديه ، حرايا مالية تتجاوز هذا المقابل إلى حد أن تلك المزايما - مع مراعاة ظروف الحال - تكون غير متناسبة منه على نحو صارخ <sup>(٣)</sup> .

(٢) تنص المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي على أنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتبادل -



وقد جاء هذا التضييق نتيجة مناقشات مختلفة في لجنة مجلس الشيوخ .  
جرت إلى أن تتناول نظام الاستغلال في ذات وجوده (١) . وكان  
محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدي نظام الاستغلال إلى قفلة  
المعاملات وعدم استقرارها ، وهى خشية أثبتت الأيام أنه لم يكن لها ما يبررها  
على الإطلاق . ثم إن تلك المناقشات دارت في وقت كانت تسود فيه بلادنا  
نزعة فردية ظاهرة . حيث لم تكن قد تطلعت فيها نزعة اليوم . وهى نزعة  
قوامها العدالة الاجتماعية التى تستهدف حماية كل ما هو ضعيف . وإذا كان  
التفسير السليم لنصوص القانون يقوم على أن النص ينفصل عن واضعه بمجرد  
وضعه . ليحيا حياته المستقلة ، ويتعايش مع ظروف المجتمع وحاجاته .  
ويتأقلم مع التزعات الاجتماعية والاقتصادية التى تسوده ( وهذا هو سر بقاء  
ملونة نابليون في فرنسا إلى اليوم ) ، إذا كان ذلك ، فإنه ينبغي التوسعة  
في تفسير نص المادة ١٢٩ بالنسبة إلى نواحي الضعف الإنسانى التى يمكن  
للاستغلال أن يرد عليها ، برغم ما يستبين من المناقشات التى دارت في  
خصوصها عند إعدادها من رغبة في التضييق فيها . ومن حسن الحظ أن  
الأميرين اللذين ذكرنهما تلك المادة ، وهما الطيش اللين والهوى الجامح ،  
يسمحان بتلك التوسعة (٢) .

— مطلقاً مع التزامات المصالحه الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد  
استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه  
لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي ، بناء على طلب الطرف المغبون ، أن يبطل العقد  
أو أن ينقص التزامات هذا المصالحه . ويسرى هذا الحكم متى إذا كان التصرف الذى صدر من  
المغبون تبرعاً . ٢- ويجوز ، في عقود المعاوضة ، أن يتوق الطرف الآخر دعوى البطلان إذا  
عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

(١) راجع مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حول المادة ١٢٩ من المشروع  
النهائى ، مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن من بين قوانين بلادنا المرعية التى استوحيت قانوننا ما اكتبى مثله بذكر  
الطيش اللين والهوى الجامح ، كالقانون المحورى في المادة ١٣٠ ، والقانون البري في المادة ١٢٩ .  
أما القانون المراقى ، فقد جاء أكثر شمولاً ، حيث ذكر الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة  
وضعف الإدراك (المادة ١٢٥) . وذكر القانون الألمانى - الذى هو أصل نظام الاستغلال -



ويقصد بالطيش البين عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه . ومثال المتسم بالطيش البين الشاب الذي يعميه المال الكثير ، سيما إذا كان حديث العهد بإرثه . فيندفع في تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن لمواقبها .

أما الهوى الجامح ، فهو ذلك الذي يتمثل في الرغبة العارمة الملحة العنيفة نحو شخص أو نحو شيء ، فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتزن <sup>(١)</sup> . والغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص . ومثاله التقليدي ذلك الهوى العارم العنيف الذي يتولد في نفس الرجل . لاسيما إذا كان متقدماً في السن ، نحو زوجته ، المرأة الشابة الجميلة التي تخلب منه له وتأسر فؤاده وتبسط عليه سلطاتها وتجعله طيعاً في يدها . تسيره حيث تريد ، طمعاً منه في إرضائها والتودد إليها . أما الهوى الجامح نحو شيء . فثاله أن يعجب أحد غواة التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وفكره ووجدانه . ومثاله أيضاً أن يشرف شخص على الفرق ، فتسويه الحياة بعنف الرغبة فيها والخشية من ضياعها <sup>(٢)</sup> . ويمكن هنا بشيء من التوسعة في التفسير ، اعتبار الاستغلال قائماً تأسيساً على الهوى الجامح في حالة السطوة التأديبية ، ونقصدها التفوذ الأدبي الذي يكون

---

= الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ١٣٨) . وذكرت مدونة الالتزامات السويسرية الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ٧١) . وذكر القانون البولوني الخفة والغباء وعدم الخبرة والحاجة أو الضيق (المادة ٤٢) . وأخيراً جاءت المادة ١٥٩ من القانون الملقب الكويني ، وهو أشد التقنيات في العالم ، في ثوب رحب فضفاض ، ذكر الحاجة الملحة والطيش البين والضعف الظاهر والهوى الجامح والسطوة الأدبية .

(١) وقد جاء في تقرير مجلس الفيوخ عن نص المادة ١٧٩ من المشروع التي أصبحت المادة ٢٩ من القانون أن المقصود بهوى الجامح ، الشهوة الجامحة لا المودة والعطف (راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١) .

(٢) وهذه هي واقعات تقنية البفنجي لدمركية Rolf المشهورة التي سبق لنا أن أشرنا إليها ذات كرين . أن القضاء الفرنسي حكم فيها بتخفيض مقابل الإنقاذ تأسيساً على الإكراه ، اعتباراً بأن القانون الفرنسي لا يقر إلى اليوم نظام الاستغلال كميب يشوب الرضا ، وأن الأولى بالاتباع هو الاستغلال ، إذ ظل القوانين التي تأخذ به . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٩ .



لشخص على آخر ، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله يتقاد إليه ويصدق لقوله ، إما عن عقيدة في صواب رأيه . وإما خشية إغضابه ، كما هو الشأن : على وجه الخصوص ، في السطوة التأديبية التي قد تكون للأب على ابنه ، أو للرئيس على مرؤسه : أو للمعلم على تلميذه . أو لرجل الدين على الدّين<sup>(١)</sup> . ففي مثل هذه الحالات ، يتولد عادة لدى الشخص رغبة ملحة ، أي هوى جامع ، للتودد والتقرب وعدم الإغضاب .

١٨٧ — الشرط الثاني : الغرم المفرط أو التفاوت الصارخ بين الأخذ

والعطاء :

رأينا فيما سبق أنه يلزم ، كشرط أول لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص ، في سبيل جعله شخصاً آخر يرتضى العقد ، طيشه البين أو هواه الجامع . ومضمون هذا الشرط لا يعلو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال ، وتهدف تحميل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود ، ويتمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه . وهذه الغاية هي مضمون الشرط الثاني ، لإعمال نظام الاستغلال .

فلا يكفي ، للظمن في العقد على أساس الاستغلال ، أن يلجأ شخص إلى استغلال الضعف الإنساني في آخر وحمله بذلك على مجرد إبرام العقد ، وإنما يتوجب أن يصل من وراء هذا الاستغلال إلى تحميل المتعاقد الآخر بغرم مفرط ناجم عن التفاوت الصارخ بين أخذه وعطائه . وفي ذلك تقضي المادة ١٢٩ / ١ بأنه : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد .. » .

فجوهر الاستغلال وأساسه هو التفاوت الصارخ الباهظ الجسيم بين الأخذ والعطاء . فنظامنا لا يتنص المساواة في العقود . بل هو لا يجارب مجرد عدم

(١) وقد لجأ الفكر القانوني ، في البلاد التي لا يقرر فيها نظام الاستغلال تشرعياً كفرنسا ومصر تحت ظل قانونها القديم ، إلى نظام الإكراه للظمن في العقود التي تمتد تحت تأثير السطوة الأديبية . والطريق السوي أن يظمن في تلك العقود تلميحاً على الاستغلال . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .



التناسب البسيط بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ، وإنما هو يحارب عدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم<sup>(١)</sup> .

وعدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم ، الذى هو قوام الاستغلال ، يكون ، فى المعاوضات ، بين ما يربته العقد على كل من طرفيه من التزامات وبين ما يمنحه إياه من حقوق . ففى البيع مثلا ، يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن ، كما إذا استغل شخص طيشاً بيناً فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط . أما فى التبرعات فيكون عدم التناسب بين ما يعطيه المتبرع ، أى قيمة الشيء المتبرع به ، وبين المنفعة الأدبية التى يحققها له المتبرع . وهكذا فإعمال نظام الاستغلال لا يكون فى المعاوضات فحسب ، وإنما يكون فى التبرعات أيضاً ، بل إن التبرعات هى الأساس والمجال الحبيب لإعمال نظام الاستغلال ، لأنها لا سيما لاستغلال الحوى الجامح . وقد حرص المشرع ، فى المادة ١٢٩ / ١ ، على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال فى مجال التبرعات ، فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين ما يحصل عليه « من فائدة » ، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه . على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع « التزامات المتعاقد الآخر » . والأعمال

---

(١) وقد عدت التفتينات التى أخذت بنظام الاستغلال إلى إبراز هذه الناحية فيه ، وإن كان ذلك بمبارات متغيرة . فالقانون المصرى وما سار على دبره من القوانين العربية الأخرى التى استوحته ، كالقانون السورى ( المادة ١٣٠ ) والقانون الليبى ( المادة ١٢٩ ) عبرت عن التضاد الصارخ بين الأخذ والعطاء بانعدام التعادل البتة ، فى حين أن القانون المراق ( المادة ١٢٥ ) اكتفى بالفتن الفاحش . أما القانون الألمانى فأورد عبارة عدم التناسب الصارخ *disproportion choquante* ( المادة ١٣٨ ) ، وذكر القانون السويسرى ( المادة ٣١ ) من مونة الالتزامات عدم التناسب الظاهر *disproportion evidente* . وجاء مشروع القانون الفرنسى الإبطال ( المادة ٢٢ ) يقول إن الاستغلال يقوم إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تناسب *hors de toute proportion* مع الفائدة التى يحصل عليها من العقد أو مع ما يؤديه المتعاقد الآخر ، وهى العبارة التى ترجمها واضعوا القانون المصرى بمباراة عدم التعادل البتة . وأخيراً جاء القانون الملقب الكويتى ( المادة ١٥٩ ) بورد عبارة عدم التناسب الباهظ .



التخضيرية قاطعة على سريان نظام الاستغلال على التبرعات<sup>(١)</sup> إلى جانب المعاوضات .

وإذا كان قوم الاستغلال هو عدم التناسب الباهظ ، فإنه لا يوجد بالضرورة معيار مادي حسابي يتبع في تحديده . وإنما وضع المشرع لذلك معياراً معنوياً مرناً ترك زمامه بيد قاضي الموضوع ، ليحدد على ضوءه ما إذا كان عدم التناسب بين الأخذ والعطاء يصل إلى حد الفحش الذي يقيم الاستغلال من عدمه . وقوام هذا المعيار هو كون إبرام العقد ، بالوسيلة التي اتبعت في حمل ضحية الاستغلال على ارتضاؤه ، وبالغاية التي وصلت به إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط . يتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية أم أنه لا يتدنى إلى هذا الحد . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ، من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض .

وغنى عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هو ذلك الذي يكون قائماً عند إبرام العقد . فلا عبرة لما نصير الأمور إليه في تاريخ لاحق .

#### ١٨٨ - الشرط الثالث : الاستغلال هو الدافع للعقود :

رأينا ، فيما سبق ، أنه يلزم ، لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص في آخر الطغيش البين أو الهوى الجافح ، وأن يصل من وراء ذلك إلى تحميله بغرم مفرط يتمثل في عدم تناسب باهظ بين ما يأخذه بمقتضى العقد وبين ما يعطيه . وإلى جانب هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث ، مؤداه أن يكون

---

(١) وقد كانت ١٧٩ من المشروع النهائي ، وهي التي أصبحت المادة ١٢٩ من القانون ، تصرح بأن الاستغلال ينطبق على عقود التبرع . فبعد أن بينت هذه المادة شروط توافر الاستغلال والجزاء المترتب عليه ، جاءت تقول : « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المنيون تبرعاً » . وقد حذفت هذه العبارة ، اعتباراً بأنها من قبيل التزيد . انظر مجموعة الأعمال التخضيرية ج ٢ من ٢٠١ . بل إن فمة فكرة تزددت في مناقشات لجنة القانون المكلف بمجلس الشيوخ ، طالبت بقصر إعمال نظام الاستغلال على التبرعات وحدها دون المعاوضات ( راجع تلك المناقشات في مجموعة الأعمال التخضيرية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها ) .



الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد<sup>(١)</sup> ، بمعنى أن يكون هو الذي حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه ، بحيث إنه ما كان لبرئضيه على هذا النحو لولاه . وفي هذا يتشابه الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء كافة . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل في رجاى الواقع ، ومن ثم يكون لقاضى الموضوع فيها القول الفصل ، من غير تعقيب عليه لمحكمة النقض ، طالما جاء تقديره مبنياً على أسباب صائفة من شأنها أن تجعله<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته ، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته<sup>(٣)</sup> . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامع نحوها ، فتجعله يهب ماله لأولادها منه .

#### ١٨٩ - أثر الاستغلال :

بيننا ، فيما سبق ، شروط الاستغلال . وإذا توافرت هذه الشروط أنتج الاستغلال أثره .

ويتركز أثر الاستغلال ، في أنه يترخص للقاضى . بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقاً للمدالة ومراعاة لظروف الحال ، أن يقضى بإتقاص التزاماته أو بإبطال العقد (المادة ١٢٩ / ١ فى آخرها) .

---

(١) ، (٢) أنظر نقض ١٩٦٧/٥/٢١ طعن ٣٤/٤٥ ق بمجموعة النقض س ١٨ ص ٩٧٤ رقم ١٤٦ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدق أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طبعاً بئناً أو هوى جاعاً ، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع » .

(٣) وإذا وقع الاستغلال من غير المتعاقد الذى أفادته ، كما إذا استغلت الأم الهوى الجامع الذى يستثمره زوجها نحوها ، وجعلته يهب ماله لأولادها ، فإنه لا يلزم علم المتعاقد المستفيد بحصول هذا الاستغلال ، بخلاف ما يطلبه القانون فى التدليس والإكراه . ولعل المشرع قد قصد عدم طلب العلم لدى المتعاقد بحصول الاستغلال من الغير ، مراعاة من الحاجات السلبية ، حيث أن كثيراً ما يقع فى واقع حياة الناس أن يقع الاستغلال من شخص لفائدة غيره ، كما هو الشأن على الأخص فى الأم التى تستغل الهوى الجامع الذى يستثمره زوجها نحوها لفائدة ولدها .



فالاستغلال يمنع . وفقاً للعدالة ومقتضيه ظروف الحال ، الخيار بين الأمرين الآتين :

(الأول) إنقاص التزامات ضحية الاستغلال : ويستجاب إلى هذا الخيار إذا رأى القاضى أنه كان من شأن الاستغلال أن أدى بضمحيته إلى قبول العقد بشروط أبهظ مما كان يرتضيه من غيره ، أو رأى القاضى أن فى ذلك الإنقاص ما يكفى لرفع الإحجاف عنه . ومثال هذه الحالة أن يستغل شخص الطيش البين فى آخر قبيعه ماله بضمن باهظ . فيحكم القاضى . بناء على طلب المشتري ، بإنقاص الثمن إلى الحد الذى يرفع عنه فاحش الغبن ، أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامح نحو الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الفرق . فيفرض ثمناً باهظاً لإنقاذها . فيحكم القاضى . بناء على طلب صاحب السفينة الفارقة ، بإنقاص الثمن إلى الحد العادل<sup>(١)</sup> . ومثال الحالة التى نحن بصددھا أيضاً أن تستغل الزوجة الهوى الجامح الذى يستشره زوجها نحوھا فتجعله يهب الكثير من ماله لها أو لأولاده منها ، فتحكم المحكمة . بناء على طلب الزوج نفسه أو ورثته الآخرين من بعده ، بإنقاص المال الموهوب إلى الحد الذى تراه مناسياً .

ويلاحظ أن المادة ١٢٩ / ١ تمنح للضحية الاستغلال الخيار . فى طلب إنقاص التزاماته هو . فهى لا تمنحه الحق فى أن يطلب من القاضى زيادة التزامات غريمه . على أن لهذا الأخير ، إن شاء ، وفى المعاوضات وحدها دون التبرعات . أن يعرض زيادة التزاماته إلى الحد الذى يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ( المادة ١٢٩ / ٢ ) . فإن فعل ، وأدى ما ألزمه به القاضى ، زال كل أثر للاستغلال .

ويلاحظ كذلك أن مؤدى نظام الاستغلال وروحه ، فى مجال إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ، يأتیان الوصول إلى رفع كل الغبن عنه .

---

(١) وهذا ما قضت به نقض فرنسى - عرائض - ١٨٨٧/٤/٢٧ السابقة الإشارة إليه فى قضية السفينة Rolf ، وإن كان حكمها جاء تأسيساً على الإكراه ، لعدم وجود نص تشريعى فى فرنسا يقر نظام الاستغلال .



فالمقصود هو رفع الفحش في الغبن أو الإفراط في الغرم ، وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل الغرم . فالغبن البسيط ، أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء ، لا يؤديان إلى قيام الاستغلال أصلاً . وعلى ذلك فروح نظام الاستغلال على القاضي ، حينما يطلب منه الحكم بإنقاص الترابات ضحية الاستغلال ، ألا يصل إلى الحد الذي يرفع عنه كل ماناله بسبه من غرم ، وإنما يرفع عنه ما فحش منه فحسب . والأمور بعد ذلك من اطلاقاته ومثروك لتقديره ، دون أن يكون عليه من محكمة التقص رقيب . فلا يوجد معيار حسابي يلزمه القانون باتباعه .

( الثاني ) والخيار الثاني الذي يمنحه الاستغلال لضحيته هو إبطال العقد . فلفضحية الاستغلال ، إلى جانب إنقاص الترابات ، أن يطلب من القاضي إبطال العقد ، إذا شاء أن يتخلص نهائياً منه . على أن هذا الخيار ليس مطلقاً . فهو مقيد برخصة تثبت ، في المعاوضات وحدها دون التبرعات ، للطرف المستغل في أن يتقى إبطال العقد ، وذلك إذا عرض أن يؤدي لضحية الاستغلال ما يراه القاضي كافياً لرفع الفحش في الغبن . وفي هذا تقضي المادة ١٢٩ / ٣ بأنه : « ٣ - ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوق الطرف الآخر ( صاحب الاستغلال ) دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

هذان هما الخياران اللذان يمنحهما الاستغلال . وهو يمنحهما بآدىء ذى بدء لضحيته ، حيث يترخص له أن يطلب من القاضي الحكم له بما يشاء منهما . ولكن خياره من بينهما ليس له قوة الإلزام . فتوق خياره يقوم خيار القاضي ، ذلك الخيار الذى يتحدد له وفقاً لظروف الحال ، وعلى نحو ما تقتضيه العدالة .

فليس يوجد ثمة ما يلزم القاضي بأن يستجيب إلى طلب ضحية الاستغلال إلى إبطال العقد ، حتى لو كانت شروط الاستغلال متوافرة ، ولم يلجأ غريمه إلى توقيه على نحو ما يسمح له به القانون . بل إن له أن يرفضه . وهو يفعل ذلك ، إذا رأى أن في إنقاص الترابات ضحية الاستغلال ،



ما يمكن لرفع الإجحاف عنه <sup>(١)</sup> . وفي ذلك يختلف الاستغلال في أثره عن غيره من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه . فالأصل في هذه العيوب الأخيرة ، أنه يتوجب على القاضي أن يحكم بإبطال العقد ، إذا ما طلب منه ضحيها ، وكانت الشروط القانونية متوافرة .

وإذا اكتفى ضحية الاستغلال بطلب إنقاص التراماته هو بما يرفع عنه الإفراط في الغرم ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد ، إذ أنه تحول دون ذلك قاعدة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم .

#### ١٩٠ - سقوط دعوى الاستغلال :

دعوى الاستغلال تسقط عمدة بالغة القصر ، وهي مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وفي ذلك تنص المادة ١٢٩ / ٢ بأنه : « ويجب أن ترفع الدعوى بذلك ( إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات تأسيساً على الاستغلال ) خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » <sup>(٢)</sup> . وفي تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يتخالف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء ، وهي الغلط والتدليس والإكراه ، كما أنه

---

(١) وأمام سلطة التقدير الرحبة التي يمنحها القانون لقاضي الموضوع في مجال الاستغلال ، والتي تشمل في إنقاص التزامات الطرف المغبون ، أو إبطال العقد ، يحسن بضحية الاستغلال أن يضمن دعواه الأمر الذي يفضل كطلب أساسي ، وأن يشفع ذلك بالبرهان الذي يراه ، كطلب احتياطي ، حتى يتضاد بذلك دعوى جديدة ، إذا ما رفض طلبه الأصل . فإذا استغل في شخص طيشه الثين ، مثلاً ، وبيع له من آخر مال بشئ باهظ يتضمن غشاً قاصحاً له ، ورأى فائدته الكبرى في إبطال البيع ، فإنه يحسن به ألا يكتفى في دعواه بهذا الطلب ، وإنما يلتصق من القاضي كطلب أساسي ، ويضيف إليه ، كطلب احتياطي ، الحكم له بإنقاص الثمن ، حتى إذا ما رأى القاضي أن الحال لا تقتضي الإبطال ، حكم له بطلبه الاحتياطي ، وهذا يتضاد رفع دعوى جديدة .

(٢) وقد كانت المدة المحددة في المشروع التمهيدى لدعوى الاستغلال يمتنعها هي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العقد ( المادة ١٩٩ ) ، ولكنها أنقصت إلى سنة ، دون أن يرد في الأعمال التفسيرية تبرير لهذا الإنقاص ، ولعله يمثل فيما راود أعضاء لجنة القانون المثلث بمجلس الشيوخ من خوف أن يؤدي إحمال نظام التدليس إلى إحداث قلقلة واضطراب في المعاملات ، وهو خوف أثبتت السنوات الماضية حل طولها أنه لم يكن له أساس على الإطلاق .



يتخالفه أيضاً مع العيب الذي يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقد ، إذ أنه في كل هذه الحالات الأخيرة ، يجد القانون المدة التي يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات (١) .  
ووفقاً لنص المادة ١٢٩ / ٢ ، تبدأ المدة السنتي التي تسقط بفواتها دعوى الاستغلال من تاريخ إبرام العقد . وفي ذلك خلاف آخر بين الاستغلال وغيره من عيوب الرضاء من ناحية ، وبينه وبين نقص الأهلية من ناحية أخرى . ففي كل هذه الأمور الأخيرة ، تبدأ مدة الثلاث سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب .

ولو أننا أخذنا بحرفية نص المادة ١٢٩ / ٢ ، على إطلاقها لنشل حكمها عيباً تشريعياً فادحاً . إذ أنه في أكثر الحالات العملية التي يقوم فيها الاستغلال ، وعلى الأخص في حالة استغلال الهوى الجامع ، يظن أن يستمر العيب الذي يلحق الإرادة قائماً لمدة تزيد على سنة . فكان دعوى الاستغلال هنا تمثل دعوى عديمة الجدوى مجدية الأثر ، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين . لنفرض ، مثلاً ، أن زوجة استغلت في زوجها هوام الجامع نحوها ، وجعلته يهبها وأولاده منها ماله ، وأمتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة ، وهو لازال يحاضراً لتأثير الهوى الجامع الذي يفتشعره نحو زوجته ، ثم مات . وجاء أولاده من زوجة أخرى يطمنون في المبة تأسيساً على استغلال أبيهم . ولهذا هي أغلب حالات الاستغلال شيوعاً في واقع حياة الناس ، فأذا عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة : إن مؤدى حرفة نفسه (المادة ١٢٩ / ٢) أن تحكم القاضي هنا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها . ولا يمكن ، في رأينا ، أن يكون ذلك هو قصد الشارع ، حينما قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة ، وإلا كان حكمه أقرب إلى العيب الذي يجب أن يرقه عنه من أجل ذلك نرى ، تمسكاً مع روح نظام الاستغلال والحكمة التي توجهها المشرع منه ، فتمسكاً بنص المادة ١٢٩ / ٢ على أن المشرع يقصد منه بذه سريان مدة السنة من تاريخ العقد في الحالة التي يكون



أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه ، كما إذا استغل شخص الطيش البين في آخر وجعله يبيع له ماله بثمن بخس ، أو استغل ربان سفينة الهوى الجامع لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت ، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمن فادح . أما إذا ظل أثر الاستغلال باقياً بعد إبرام العقد ، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه ، مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، تطبيقاً للقواعد العامة <sup>(١)</sup> .

وفرة السنة التي تنص عليها المادة ١٢٩ / ٢ هي مدة سقوط . ومن ثم فهي لا تقبل ، بعد بدء سريانها ، وقفاً ولا انقطاعاً . ويترتب على فواتها أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى .

### خامساً : الغبن

١٩١ - الغبن *Lesion* هو الخسارة المالية التي تلحق ، في عقود المعاوضات ، أحد المتعاقدين ، نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه .

فالغبن لا يكون إلا في عقود المعاوضات . فهو مجال مستغلق على التبرعات . لأنه يقوم على التفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفي العقد <sup>(٢)</sup> .

والغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة ، كما إذا بيع شيء قيمته ألف جنيه بخمسمائة فقط . فهو يتجافى مع مبدأ المساواة فيما تقتضى به العقود من الأخذ والطاء . وهذه المثابة ، يبرز الغبن عينا

---

(١) وقد جاء القانون للمدف الكوكبي ، التي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها وضعه ، ينشئ مع هذا النظر ، فبما المادة ١٦١ منه ، بعد أن قضت في فقرتها الأولى بسقوط دعوى الاستغلال بمضى سنة من وقت إبرام العقد ، تقول ، في فقرتها الثانية إنه : « على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامع أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة » ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد » .

(٢) راجع ما سبق ، بقية ١٨٢ .



موضوعها في العقد نفسه ، وليس غيباً شخصياً يتعلق بالمعاقد ، وهو من ثم لا يعتبر في ذاته غيباً في الرضاء ، وإن أمكن أن يجيء نتيجة أحد من عيوبه . فمن الممكن أن يأتي الغبن نتيجة غلط يقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء . أو نتيجة حيلة خدع بها ، أو تحت تأثير إكراه أوقع به ، أو استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني فيه . ولكن من الممكن أيضاً أن يجيء الغبن بعيداً عن كل عيوب الرضاء . كما إذا باع شخص شيئاً بأقل من قيمته من غير أن يكون واحماً أو مخدوعاً أو مضطراً أو مستغلاً . ونحن هنا نتناول الغبن في صورته الأخيرة ، أي الغبن المجرد .

١٩٢ - ولم يعرف الرومان الغبن ، كميّب يؤثر على العقود ، إلا في نطاق جد محدود<sup>(١)</sup> ، بسبب تفشي روح القرذية عندهم ، الأمر الذي أدى بهم إلى أن يتركوا كل معاقد يتحمل نتيجة ما ارتضاءه ، سواء أكان من شأنه أن يعود عليه بالغنم أو الغرم . فلا وزن عندهم ، بحسب الأصل ، لما إذا كان المقابل الذي يأخذه المتعاقد نظير ما يعطيه متناسباً أو غير متناسب . ولم تتولد فكرة الغبن في القانون الأوروبي إلا في القرون الوسطى ، وذلك بتأثير من الكنيسة ، التي عملت ، في سبيل إضفاء الفضيلة على العقود ، إلى المتابعة بوجوب قيام التناسب فيما تقضى به من الأخذ والعطاء ، الأمر الذي أدى إلى فكرة وجوب أن يسود العقود مبدأ المثل العادل *Juste Prix* أو الأجر العادل *Juste Salaire* ، فضلاً عن الحد من ربوية الفائدة .

وقد تأثر بما بشر به الكنسيون بعض فقهاء القانون الفرنسي القديم ، لاسيما *Pothier* ، الذي جعل من الغبن بمجرد ذاته سبباً عاماً لإبطال العقود ، وإن وجدنا البعض الآخر منهم يسرون على غرار ما قال به الرومان من تقليص أثره<sup>(٢)</sup> .

(١) لم يعترف الرومان في الأصل بتأثير الغبن المجرد على العقود ، إلا في الحالة التي كان يلحق فيها القسر ، وإن انتهت مدونة جستنيان إلى الترخيص لبائع العقار أن يطلب إبطال البيع ، إذا كان قد لحقه فيه غبن فاحش .

(٢) انظر *Marty et Raynaud* ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٦ .



وأخيراً جاءت مدونة نابليون ، فعادت إلى ما كان يقول به الرومان ، فلم يجعل للعين أثراً عاماً على العقود ، وإنما قصرت أثره على البعض منها ، وذلك في نطاق بالغ الضيق . يتمثل على الخصوص في بيع العقار ، إذا ازداد العين على البائع بأكثر من  $\frac{1}{4}$  ( المادة ١٦٧٤ ) ، وفي القسمة . وإذا تجاوزت العين المتنازع الربع ( المادة ٨٨٧ ) . وفي تصرفات القصر <sup>(١)</sup> .

والفقه الإسلامي بدوره لا يجعل لتجرد العين أثراً في العقود ، إلا في نطاق جد محدود ، يتمثل في بيع مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف ، وقد حدث به إلى ذلك رغبته في إحاطة المعاملات بالأمن والاستقرار ، في عين ما تستوجب مبادئ الإسلام السامية من إضفاء الحماية على من يخشى عليهم من الإهمال . أو عدم الرعاية في التصرف في أموالهم . وإذا كان العين المجردة بحسب الأصل ، لا ينهض بذاته وبمجرده سبباً للطعن في العقود . تحت ظل الفقه الإسلامي ، فإنه يفلح في ذلك إذا جاء نتيجة التفرير أو الإكراه .

#### ١٩٣ - العين في القانون المصري :

الأصل ، في زواج قانوننا المدني المصري ، شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي ، وشأن الفقه الإسلامي ، أن العين بمجرد ذواته ، أي بمجرد علم المتعاقدين المتعاقدين بأدائه بمقتضى العقد ويحل بالمقابل الذي يقرره له ، لا ينهض سبباً للطعن في العقود .

فالفقهاء أخذوا ، ومن غير أن يأتوا نتيجة لعدم عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، لا يكون له تأثير على العقد ، إلا في الاستثناء الخاص الذي يقضى فيها القانون بحكم مخالف ، بحكمة يقدرها القاضي . وإذا جاء العين نتيجة أحد عيوب الرضاء ، فإنه لا يلحق في العقد .

(١) وقد توسع المشرع الفرنسي قليلاً في حالات العين ، بعد صدور مدونة نابليون ، وذلك بخصوص خاصة بمحالات متبعة بمدونة ، ككسراة التهاد والقبول والمواضع اللازمة لملف الجريدة ( قانون ٨ يولي ١٩٠٧ الملحق بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ ) ، والمباداة والإنقاذ البحري والجوي ( قانون ٢٩ أبريل ١٩١٦ - المادة ٧ وقانون ٢ مايو ١٩٢٤ المادة ٥٢ ) ، وبيع حق الملكية الأدبية والفنية ( قانون ٢٧ مارس ١٩٥٧ المادة ٣٣ ) .



تأسيساً عليه ، وإنما تأسيساً على العيب الذى جاء نتيجة له ، الأمر الذى يقتضى توافر شروط هذا العيب القانونية . فإذا جاء غبن البائع ، مثلاً ، نتيجة وقوعه فى غلط فى قيمة المبيع ، أمكن الطعن فى العقد بالإبطال تأسيساً على الغلط ، لا تأسيساً على مجرد الغبن . وإنما يلزم هنا توافر شروط إعمال الغلط التى بينهاها ، وعلى الأخصى شرط الاتصال بالمعاقدة الآخر . كما أنه يمكن للمغبون أن يعمل على خلاصه من الضرر الذى ألحقه به الغبن ، تأسيساً على القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، إذا جاء الغبن نتيجة عمل غير مشروع كما إذا جاء نتيجة الإكراه أو الاحتيال .

والحكمة التى يتوخاها المشرع ، من تقرير الأصل العام للقاضى بأن الغبن بذاته وبمجردة لا ينهض سبباً للطعن فى العقود ، بيته واضحة . فهو يريد أن يحيط العقود بالأمن والاستقرار ، طالما أنه لا يوجد اجتناب أقوى يحمله على أن يؤثره . والقول بغير ذلك يصل بالناس إلى العنت والحرج ، وبالتعامل إلى القلقلة والاضطراب .

وإذا كان الأصل فى الغبن أنه لا يصلح بمجرده وذاته سبباً للطعن فى العقود ، فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً . فثمة اعتبارات هامة مختلفة جطلت المشرع يورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

ومن تلك الاستثناءات ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة . ومن هذه العقود عقد الوكالة ، حيث تجعل المادة ٧٠٩ أجر الوكيل — إذا كانت الوكالة بأجر — خاضعاً لتقدير القاضى ، الأمر الذى يحوله إنقاصه ، إذا طلب منه ذلك الموكل ، وراه القاضى مبالغاً فيه على نحو يلحق الغبن الكبير بالموكل ، وذلك كله ما لم يكن أجر الوكيل قد دفع من الموكل طوعية بعد تنفيذ الوكالة .

ومن تلك الاستثناءات أيضاً ما تنقضى به المادة ٨٤٥ من منح الشريك فى الشروع الحق فى تقصص حصة المال الشائع إذا تمت رضائياً ، وألحقت به غيباً يتجاوز الخمس ، ما لم يكمل له شريكه ما نقص من نصيبه نقداً أو عيناً .



ومن الاستثناءات التي يقرها القانون على مبدأ أن الغبن بمجرد ذاته لا ينهض سبباً للطعن في العقود ، ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين ، وإلى طبيعة العقد الذي يرمونه في آن معاً . ومثال هذه الحالة ما تنص به المادة ٤٢٥ في شأن بيع مال عديمي الأهلية وناقصيها ، من ثبوت الحق للبائع ، إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس ، في أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

ومن الاستثناءات التي نحن بصددنا ، في النهاية ، ما يقره القانون نظراً لطبيعة الحق ذاته . وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقره ، وعن نوعية العاقد ، وهذه هي حالة الالتزام بدفع الفائدة ، سواء أكانت فائدة تأخرية ناجمة عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، أم كانت فائدة مقررة في مقابل الانتفاع بالنقود . فأياً ما كان نوع الفائدة أو طبيعة العقد الذي يقرها ، أو نوعية الشخص الذي تقرر له ، ينبغي ألا تزيد الفائدة عن الحد الأقصى الذي يقضى به القانون ، فإن تجاوزه ، خفضت إليه .

هذه هي بعض الحالات التي يقرر فيها قانوننا للغبن أثراً في العقود . وهو إذ يكون له أثر في العقد ، فإنه لا يمثل عيباً في إرادة عاقله ، وإنما مجرد عيب في العقد نفسه أو في أثر يترتب عليه . عيب يقره القانون في حالة معينة يحددها لحكمة خاصة يقدرها . وقد حرص مشرعتنا ، بعد أن قرر الاستغلال كنظام منطلق غير محدد بحالة بذاتها ، على أن ينص على أن القواعد التي جاء بها لحكمه لا يكون لها أثر على ما يقره ، في الحالات الخاصة التي يحددها ، من إعطاء أثر للغبن بمجرد ذاته . وفي ذلك تقضي المادة ١٣٠ بأنه : « يراعى في تطبيق المادة السابقة ( التي تقرر نظام الاستغلال ) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في بعض العقود أو بسعر الفائدة » .



## الفصل الثاني

### المحل

١٩٤ - تبيّن ، فيما سبق ، أن للعقد أركاناً ثلاثة لا يقوم بغير توافرها ، وهى الرضاء والمحل والسبب . وقد انتهينا من الكلام فى الرضاء . ونتناول الآن الركن الثانى ، وهو المحل .

ومحل العقد هو الالتزامات التى يولدها . ولكننا لا نتناول المحل هنا على هذا الاعتبار . وإنما نتناوله على اعتبار أنه الشيء الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهو هذه المثابة يتمثل ركناً فى الالتزام . ومع ذلك ، فهو ليس غريباً عن العقد . إذ أنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . فالعقد يولد الالتزام . فما يعتبر محلاً مباشراً للالتزام يعتبر ، فى نفس الوقت ، محلاً غير مباشر للعقد الذى يولده <sup>(١)</sup> . [ومن أجل ذلك ، درج الفقهاء على أن يتناولوا محل الالتزام ، باعتباره ركناً فى العقد . ونهج القانون المدنى المصرى هذا النهج . وليس فى ذلك عيب . فالغاية من العقد إنشاء الالتزام . فإن لم يقم الالتزام لسبب يحس عمله ، فإن العقد كله يقع باطلاً بلوره ( انظر المواد ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى ) . وهكذا يؤثر محل الالتزام فى كيان العقد الذى من شأنه أن يولده .

وإذا كان محل الالتزام يعتبر فى نفس الوقت محلاً للعقد الذى ينشئه ، ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التى تصدر عنه . فالبيع مثلاً يولد التزامين أساسيين : أحدهما على البائع ، ويتعلق بالمبيع ، ويقوم على وجوب تسليمه وبالعمل على نقل ملكيته ، وثانيهما على المشتري ، ويتعلق

---

(١) وهذا مادعا القانون اللبناني - وهو تقتن قلب عليه في مجموعه النزعة الفقهية المفرطة -

إلى أن ينص ، فى المادة ١٨٦ أمته ، على أن المحل الحقيقى لأى عقد هو إنتاج الالتزامات ، على أن هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا كانت تلك الالتزامات ترد بدورها على محال تستجمع صفات معينة .



ياثن ، ويقوم على وجوب دفعه . ومن هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع واثن .

### ١٩٥ - الشروط الواجب توافرها في المحل :

يلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة ، تضمنها المواد ١٣١ إلى ١٣٥ مدني . وتركز هذه الشروط في كون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل . ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، ومشروعاً ، أى غير مخالف للنظام العام ولا لآداب الآداب .

وتتناول فيما يلي كلا من هذه الشروط الثلاثة بالإيضاح :

### ١٩٦ - أولاً - إمكان المحل :

يلزم ، لنشأة الالتزام ، وبالتالي لقيام العقد الذى يولده ، أن يكون محله ممكناً غير مستحيل . وهذا شرط بدئى يقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . إذ أن الشخص لا يلزم بعمل المستحيل *A l'impossible, nul n'est tenu* . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٢ مدني بأنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته ، كان العقد باطلاً » . فإذا التزم المدين بما هو مستحيل ، بطل التزامه . وبطل العقد الذى أريد له أن ينشئ .

ويقصد بالاستحالة إلى تحول دون نشأة الالتزام ، وتؤدى بالتالى إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يولده ، الاستحالة الموضوعية ، أى استحالة محل الالتزام فى ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ ، أو استحالة من حيث هو ، وليست الاستحالة الشخصية الذاتية ، أى تلك التى ترجع إلى المدين نفسه ؛ وبعبارة أخرى المقصود بالاستحالة التى تحول دون قيام العقد هو الاستحالة المطلقة ، أى استحالة القيام بالأمر الذى التزم به المدين على كل الناس ، وليس فقط الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات<sup>(١)</sup> .

(١) انظر فى هذا المعنى المناقشات التى دارت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ،

مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٢١٣ و ٢١٤ .



وإذا كانت الاستحالة موضوعية أو مطلقة ، فلا أهمية بعد ذلك للملا إذا كانت مادية أو طبيعية ، أى راجعة إلى حكم الطبيعة ، كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس ، أو أن يطير بذات نفسه في الفضاء ، أو أن يحيى الميت ، أو أن ينقل ملكية بيت سبق له أن تهدم وزال ، أو كانت تلك الاستحالة الموضوعية أو المطلقة قانونية ، كما إذا التزم عام برفع استئناف عن حكم لا يجوز الاستئناف فيه ، أو فات ميعاد استئنافه ، وكما إذا باع شخص عقاراً ، والتزم بالتالى بنقل ملكيته إلى المشتري ، حال كون العقار المبيع قد تزعت ملكيته من قبل للمنفعة العامة ، وصار بذلك الالتزام بنقل الملكية مستحيلاً استحالة موضوعية ، أى على كل الناس . وعدم إمكان عمل الالتزام ، بمعنى استحالة استحالة موضوعية مطلقة ، هى علة وقوع التصرف في المال العام ، بما يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة من بيع ونحوه ، باطلاً .

أما الاستحالة النسبية أو الذاتية فلا تحول دون قيام العقد . ويقصد بالاستحالة الذاتية أو النسبية تلك التى تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه بمراعاة ظروفه الخاصة ، مع وجود شخص آخر غيره يستطيع القيام بالأمر الذى التزم به . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بعمل لوحة زيتية قيمة ، حالة كونه مجهول أصول الرسم ، وأن يؤجر شخص متراً يملكه لآخر (١) . ففي هذين المثالين ، يستحيل على المدين نفسه أن يقوم بالأمر الذى تعهد به ، ولكن يوجد بالضرورة شخص آخر يستطيع أداؤه . ولذلك فلا استحالة هنا تعتبر ذاتية نسبية ، وليست موضوعية مطلقة . وهى لا تمنع من قيام العقد . فإن تعذر على المدين أداء الالتزام ، كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العيني إن كان ممكناً ، أو أن يلجأ إلى التعويض ، مع عدم الإخلال بحقه في الفسخ ، وذلك كله في حدود ما يقضى به القانون .

هكذا يبين أن الاستحالة التى تمنع من قيام العقد هى الاستحالة الموضوعية المطلقة دون الذاتية النسبية . ويلزم أن تكون هذه الاستحالة الموضوعية

(١) أنظر ، في التصرف في مال الغير ، ما سبق ، نوبة ١٩٧ .



المطلقة قاعة وقت إبرام العقد . فإن كان محل الالتزام ممكناً عند إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلاً في تاريخ لاحق ، ما أثر ذلك في ذات انعقاد العقد . فالقرض أن انعقاده قد تحقق فعلاً عند إبرامه ، فلا يزول بعد ذلك لسبب طارىء .. ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص حصاناً ملكه ، ثم يتفق الحصان موتاً قبل تسليمه للمشتري ، فهنا محل التزام البائع بتسليم الحصان كان ممكناً عند البيع ، ثم أصبح مستحيلاً بعد إبرامه ، بسبب أجنبي عن البائع . فالبيع لا يعتبر هنا باطلاً . ولكنه يفسخ ( المادة ٤٣٧ ) ، أى أنه يعتبر أنه قد قام صحيحاً ، ثم انحل . وهكذا يلزم عدم الخلط بين استحالة محل الالتزام القائمة عند إبرام العقد حيث إنها تؤدي دائماً إلى بطلانه ، وتلك الطارئة بعد إبرام العقد . إذ أنها تؤدي إلى انقضاخه ، شريطة أن تكون واقعة بفعل يعزى إلى المدين .

#### ١٩٧ - التعامل في ملك الغير والتعهد عن فعله :

الأصل أن الشخص لا يتعامل إلا في ملكه ، وأنه لا يتعهد إلا عن ذات فعله . ولكن يحدث ، في بعض الأحيان ، أن يتصرف الشخص في شيء لا يملكه ، كما إذا باعه أو رهنه أو أجره . وقد يكون في ذلك حسن النية ، أى معتقداً أنه يملك ما يتصرف فيه ، وقد يكون سيئ النية ، أى عالماً بأنه يتصرف فيما لا يملك . كما إنه قد يحدث أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل ثالماً يؤدي عملاً لمصلحته .

وقد تقبل الفكر القانوني ، في سهولة ويسر ، أن يتعهد شخص بفعل الغير ، وهو ما يسمى التعهد عن الغير ، الذى سوف نعرض له فيما بعد عند تناول آثار العقد<sup>(١)</sup> . فالتعهد عن فعل الغير صحيح ( المادة ١٥٣ ) . ولا صعوبة في تبرير صحته . إذ أن قيام المتعهد بجعل الغير المتعهد عنه يؤدي العمل المتعهد به أمر ممكن ، وإن لم يكن مؤكداً . ومجرد إمكان المحل يكتفى لقيام العقد . من غير تطلب أن يكون حصوله أمراً يقينياً قاطعاً .

(١) راجع ما سيجيء ، نيتة ٢٨١ وما بعدها .



وعلى عكس التعهد عن فعل الغير ، أثار التصرف في ملك الغير جدلاً بالغ العنف ، واحتمل الخلاف حول حكمه ، ليس في الفقه وحده ، بل حتى في مجال التشريع كذلك ، حيث تتباين قوانين البلاد المختلفة في شأنه من التقيض إلى التقيض ، من البطلان إلى الصحة مروراً بالتقابلية للإبطال . بل إن عنف الخلاف لم يقف عند حكم التصرف في مال الغير بوجه عام ، بل امتد إلى نوعية التصرف ذاتها ، بحيث إنه لم يسلم الأمر ، في ظل التقنين الواحد ، من أن يعطى لبيع ملك الغير ، مثلاً ، حكم مغاير لذلك الذي يعطى لرهته أو لإيجاره .

ومؤدى تطبيق القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . فالمتصرف في ملك غيره ، البائع مثلاً ، إن قلنا بأن وفاءه بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد قد يتعذر عليه شخصياً ، اعتباراً بأن من لا يملك لا يملك : فإنه يوجد بالضرورة شخص آخر غيره يستطيع الوفاء بهذه الالتزامات ، وهو هنا المالك الحقيقي . وعلى ذلك فإذا كان محل التزامات المتصرف مستحيلاً عليه شخصياً ، فهو ليس مستحيلاً على كل الناس . واستحالة محل الالتزام التي تمنع من قيام العقد هي ، على نحو ما قد سبق لنا بيانه . الاستحالة الموضوعية المطلقة ، أي استحالة محل الالتزام في ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ ، أما الاستحالة الذاتية أو النسبية ، أي تلك المتعلقة بالمدين نفسه ، فهي لا تمنع من قيام العقد . بل إن محل الالتزامات التي يفرضها التصرف في مال الغير لا يمثل ، في حقيقة الواقع ، مستحيلاً حتى على المتصرف نفسه . إذ أنه يمكن لهذا الأخير أن يملك المال الذي تصرف فيه ، والذي كان ، عند تصرفه ، مملوكاً لغيره<sup>(١)</sup> ، كما إذا اشتراه منه مثلاً .

وإذا كان مؤدى القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً ، فإن هذا المبدأ يرد عليه بطبيعة الحال التخالف ، إذا قرره القانون بنص خاص وفي شأن عقد معين . وهذا هو ما يجريه قانوننا المصري بالفعل في خصوص بيع ملك الغير ( المادة ٤٦٦ ) ورهته ( المادة ١٠٣٣ / ١ ) ، حيث يقرر

(١) انظر في هذا المعنى : Marty et Raynaud ، المرجع السابق ، نيلة ١٦٧ .  
وانظر مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ نيلة ٦٠ .



وقوع البيع أو الرهن قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري أو المرتين . وهو ما يقرره القانون الفرنسي ، في شأن بيع ملك الغير . من وقوعه باطلاً بطلاناً مطلقاً ( المادة ١٥٩٩ ) . على أنه في مثل هذه الحالات التي على فيها القانون بنص معين ، الإبطال أو البطلان ، ينبغي القول بأنه إبطال أو بطلان خاص أنشأه النص بمخالفة ما تقتضيه القواعد القانونية العامة ، وبأنه في غير ما ينص في خصوصه القانون بحكم مغاير ، يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . وهذا ، على وجه الخصوص ، هو ما يجمع الفقه والقضاء عليه سواء في فرنسا أو في مصر بالنسبة إلى عقد الإيجار <sup>(١)</sup> .

خلاصة ما سبق أن التصرف في مال الغير يقع ، بحسب الأصل وما لم يقض القانون بغيره ، صحيحاً ، شأنه في ذلك شأن التمسك عن فعل الغير <sup>(٢)</sup> . ومؤدى صحة التصرف في مال الغير ، أن تتولد عنه الالتزامات التي من شأنه أن يولدها . فإيجار مال الغير ، مثلاً ، يفرض على المؤجر الالتزام بالتسليم ويتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين . فإذا لم يفلح المؤجر في الوفاء بهذه الالتزامات ، فإنه يعتبر مخلاً بها ، ويتحمل بالمسئولية عن إخلاله ، وفقاً لما يقضى به القانون . ومن أبرز مظاهر هذه المسئولية ثبوت الرخصة للمستأجر في طلب فسخ الإيجار ، مع التعويض إن كان له محل . وهكذا فالجزء الحق في التصرف في ملك الغير ليس هو البطلان ، كما يقضى به القانون الفرنسي في خصوص البيع ، وليس هو الإبطال كما يقرر القانون المصري في شأن البيع والرهن <sup>(٣)</sup> ، وإنما هو الفسخ مع التعويض إن كان لهذا التعويض محل .

(١) انظر في صحة إيجار ملك الغير : مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٦٠ والمرجع المدينة انشار إليها في هامش ٣ من ص ٩١ وهامش ١ من ص ٩٣ . وانظر كذلك : نقض ١١/٢/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ص ٢٨ من ١٥٩٧ رقم ٢٧٦ .

(٢) وقد حرص المشرع الكويتي على أن يقتن هذا الحكم ، فجاء في المادة ١٧٠ يقضى بأنه : « يجوز أن يسلق العقد بمال الغير أو بفعله ، من غير أن يترتب عليه التزام على هذا الغير بدون رضاه » .

(٣) انظر السبوري ، المرجع السابق طبعة ١٩٦٤ هامش ١ صفحة ٤١٨ ، حيث يقول استناداً إلى كون استمالة تنفيذ البائع ملك غيره التزامه بنقل الملكية استمالة نسبية وليست مطلقة ، إنه « لولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ( المادة ٤٤٦ ) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ » .



وإذا وصلنا إلى أن العقد الذي يتصرف به أحد طرفيه للأخر في مال الغير يقع ، بحسب الأصل ووفقاً للقواعد العامة ، صحيحاً ، فإن ذلك لا يعني إطلاقاً أنه ينتج أثراً ما في مواجهة هذا الغير بمجرد ذاته <sup>(١)</sup> . فليس مؤدى قولنا . مثلاً . إن إيجار ملك الغير صحيح أن المستأجر يكون له الحق في أن يلزم ذاك الغير بتسليمه العين المؤجرة ويتمكينه من الانتفاع بها . فصحة العقد أو بطلانه أمر لا يعني ، كأصل عام ، إلا العاقلين وحدهما ، ثم خلفاءهما من بعدهما . ولا اعتبار له بالنسبة إلى الغير . إذ أن العقد ، حتى لو كان صحيحاً بين عاقلديه . لا ينتج أثراً ما في مواجهة الغير ، إلا في أحوال استثنائية ينص عليها القانون . وهذا هو مؤدى القاعدة التي تقضى بأن العقود لا تنفع ولا تضر غير العاقلين وخلفائهما ودائيتهما .

#### ١٩٨ - وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام :

يخلص مما سبق أنه يلزم ، لقيام العقد ، أن يكون محل الالتزام ممكناً في ذاته عند إبرامه ، بمعنى ألا يكون مستحيلاً عندئذ استحالة موضوعية مطلقة . وفي أكثر الأحيان يتعلق محل الالتزام بشيء معين ، سواء أكان المقصود من الالتزام نقل ملكية هذا الشيء ، كما هو الحال بالنسبة إلى الترام البائع والواهب والمتقاضى . أو كان المقصود منه إجراء أى عمل آخر متعلقاً به . كتسليم العين المؤجرة للمستأجر أو المعارة للمستعير . حتى يتمكن من الانتفاع بها على النحو المقصود .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء معين ، فإنه لا يكون بالضرورة ممكناً ، إلا إذا كان هذا الشيء موجوداً ، أو في الأقل ، قابلاً للوجود . من هنا درج البعض على القول بأن الوجود شرط في محل الالتزام . والحقيقة أن الوجود

(١) أما إذا أتى الغير حصل التصرف في ماله وأقر هذا التصرف ، فإنه يتأثر بالضرورة به ، وتبرى أحكامه عليه ، ولكن ذلك يحدث نتيجة للتصرف في ذاته الذي كان عند إبرامه ، أنجباً عنه ، ولكن نتيجة قيامه بإقراره . إذ بالإقرار يصير المالك الحقيقي طرف التصرف ، دون من أجراه ، الذي يعتبر في حكم النائب عن المقر ، إعمالاً لقاعدة أن الإقرار اللاحق يقع بحجة الوكالة السابقة .



ليس شرطاً مستقلاً في محل الالتزام : بل هو أمر لازم لتحقيق شرط إمكان هذا المحل ، كلما تعلق بشيء من الأشياء .

فإن كان من شأن العقد أن يولد التزاماً متعلقاً بشيء محدد ، ثم ظهر أن هذا الشيء لم يوجد أصلاً ، أو وجد ولكنه هلك قبل العقد ، فإن العقد لا يقوم أصلاً . ومثال ذلك أن أبيعك حصتي في شركة قريب لي قد مات ، ثم يتضح أنني لست وارثاً له ، وأن التزم بأن أعيرك حصناً ثم يظهر أنه قد سبق له أن نفق موتاً ، وأن أعقد معك إيجاراً عن منزل ، ثم يبين أنه سبق له أن تهدم . في هذه الحالات ومثيلاتها يقع العقد باطلاً ، لتخلف شرط الإمكان في محله .

ويلاحظ أن عدم وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام لا يتصور إلا بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالذات ، وبعبارة أخرى الأشياء القيمية . إذ أن الأشياء المثلية ، وبعبارة أدق الأشياء المعينة بالنوع ، يتصور دائماً وجودها ، ما دامت متوافرة في السوق ، حتى لو كانت غير موجودة عند المدين نفسه . فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء . ومن هنا جرى القول على أن المثليات لا تهلك .

والهلاك الذي يحول دون قيام العقد : هو ذاك الذي يلحق الشيء قبل إبرامه . لأن العقد هنا يقتضيه ركن من أركانه ، فلا يقوم . أما إذا كان الشيء موجوداً عند العقد ، ولكنه هلك فيما بعد ، فعلى ذلك أن العقد قد توافر له محله عند إبرامه ، فهو للملك يعتبر أنه قد قام صحيحاً ، ولكنه انفسخ بعد ذلك ، إذا كان الهلاك حاصلًا بسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه ( المادة ١٥٩ ) .

#### ١٩٩ - التعامل في الشيء المستقبل :

رأينا أنه يلزم ، لإمكان محل الالتزام وبالتالي لقيام العقد ، أن يكون الشيء المتعلق به موجوداً عند العقد . بيد أن هذا الأمر لا يتحتم ، إلا إذا نظر إلى الشيء على أساس أنه قائم عندئذ . أما إذا نظر إلى الشيء ، على اعتبار أنه غير موجود الآن ، ولكنه سيوجد في المستقبل ، فإن المحل يعتبر ممكناً ، مادام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته استحالة موضوعية مطلقة :



وهكذا نخلص إلى أنه يسوغ ، كقاعدة عامة : أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه : ١٥ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً <sup>(١)</sup> .

وفي إباحة التعامل بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية ، يختلف القانون المعاصر عامة والقانون المدني المصرى خاصة ، عن القاعدة التى يسير عليها الفقه الإسلامى ، وإن كانت الاستثناءات العديدة التى ترد فيه على تلك القاعدة تقلص التخالف إلى حد كبير <sup>(٢)</sup> .

والتعاقد بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية شائع فى العمل ، لاسمياً فى البيع والإيجار . ومثل ذلك أن يبيع صاحب مصنع البضائع التى سوف ينتجها مصنعته خلال عام مقبل ، أو أن يبيع مالك الأرض ماعساه أن تنتج من محصول فى الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة فى داره التى يزمع إنشائها ، أو أن يعطى مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذى يزمع تأليفه .

#### ٢٠٠ - حظر التعامل فى التركة المستقبلية :

رأينا أن القاعدة العامة هى أنه يسوغ أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناء هام ، مؤداه تحريم التعامل فى التركات المستقبلية ، أى التركات التى لم تفتح حتى الآن <sup>(٣)</sup> .

(١) وفى ظل قانوننا القديم ، ثار الخلاف حول ما إذا كان التصرف فى الشيء المستقبل يصح ، كقاعدة عامة ، أو لا يصح . وكان الرأى السائد فقها وقضاء يجب بنهم . وأراد المشرع فى قانوننا الحالى أن يقطع فى الأمر بقول فصل ، فضمت هذا النص . انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا ، محاضرات فى العقود ج ٢ ، عقد البيع نبذة ٥٣ .

(٢) انظر ، فى حكم التعامل فى الأشياء المستقبلية فى الفقه الإسلامى ، ما سيجى نبذة ٢٠٤ .

(٣) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل فى الحقوق التى تشملها التركات المستقبلية من القانون الرومانى . فقد حظر الرومان التصرف فى تلك الحقوق ، ما لم يتم برضاء المورث المختل ، لما رأوه فى هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ، ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لحسن الآداب . وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسى . ولكن الفرنسيين جعلوه شاملاً للتعامل فى حقوق التركة المستقبلية ، ولو تم برضاه المورث ، انظر أ لما رأوه من أن هذا التعامل ، فضلاً عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث ، يقوم فى العادة على استغلال -



وفي ذلك نجد أن المادة ١٣١ ، بعد أن قررت ، في فقرتها الأولى ، المبدأ العام القاضي بجواز التصرف في الأشياء المستقبلية ، جاءت ، في فقرتها الثانية ، تقول : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه . إلا في الأحوال التي نص عليها القانون » .

وهكذا فالتعامل في التركة المستقبلية باطل ، ولو تم برضاه صاحبها . بل ولو كان هو الذي أجراه (١) . إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون . والمشرع يعنى . بهذا الاستثناء الأخير على وجه الخصوص ، حالة التصرف في التركة من صاحبها عن طريق الوصية .

والحكمة من حظر التعامل في التركات المستقبلية أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله ، من ناحية ، ولأن المتصرف في الأموال التي سوف يرثها فيما بعد يكون ، في العادة ، صيداً سهلاً وثميناً للمرايين والمستغلين والجشعين من الناس . من ناحية أخرى . أما إذا كان التصرف في التركة المستقبلية حاصلًا من ذات صاحبها . فإن علة حظره تتمثل في مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام .

وجزاء حظر التعامل في التركات المستقبلية هو وقوع التصرف باطلا . ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه . والبطالان هنا مطلق ، لخالفه المحل للنظام العام ، ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وللمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها (٢) و (٣) .

---

= المراجعين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة ، نظير ما يلبس زعيد . ومن القانون الفرنسي شاع حظر التعامل في التركات المستقبلية في القوانين المصرية لقول المختلفة . ومنها قانوننا الملقى وقوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحه .

(١) ويرجع بطلان التصرف إذا أجراه المورث المحتمل نفسه إلى ما يتضمنه هذا التصرف من مخالفته لأحكام الميراث التي هي من النظام العام ، كما قلنا في المتن .

(٢) ولكي يكون البطلان المطلق هو الجزاء ، يلزم أن يكون التعامل قد أجرى على أساس أنه يرد على مال باعتباره داخلا في تركة مستقبلية ، كما إذا باع شخص مالا يملكه في الحال أبوه ، على اعتبار أنه سوف يرثه عنه فيما بعد ، وقبل المشتري الشراء على هذا الأساس . هنا يعتبر التصرف وارداً على تركة مستقبلية . أما إذا اشتريت مالا معيناً ، معتقداً عند شرائه أنه يملكه للبائع ، =



وإذا اعتبر التعامل وارداً على مال في تركة مستقبلية في غير ما جاء منه على سبيل الوصية ، وقع باطلاً في جميع الأحوال ، وسواء ارتضاه المورث المحتمل أم لم يرتضه ، وسواء أصبلر من الوارث (١) أم من المورث نفسه ، وسواء أكان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً ، وسواء أكان محل التعامل مالا معيناً من أموال التركة المستقبلية أو نصيباً محددًا منها ، أم هي كلها . فلا يجوز للشخص ، مثلاً ، أن يبيع الأموال التي سوف يتركها عند موته ، وإنما يجوز له أن يوصي بها في الحدود التي يسمح بها القانون (٢) .

= وجاهل بذلك أنه مملوك لمورثه المحتمل ؛ في مثل هذه الحالة ، لا يعتبر البيع منقذاً على أساس أنه يرد على مال في تركة مستقبلية ، حتى لو كان البائع قد باع على هذا الاعتبار . وإذا كان البيع في حالته لا يعتبر وارداً على حق في تركة مستقبلية ، فهو لا ينال جزاءه ، أي البطلان . إنما هو يعتبر مجرد بيع للملك الغير ، ويأخذ جزاء هذا النوع من البيع ، أي أنه يقع قابلاً للإبطال . انظر في هذا الاتجاه : السبوري الوسيط ج ١ ص ٤١٥ هامش (١) .

(٣) أنظر : نقض ١٩٦٧/١١/٢١ طعن ٣٤/١٢٥ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٧٣٦ رقم ٢٦١ . وقد جاء في هذا الحكم أن التصرف في تركة مستقبلية باطل لا تلحقه الإجازة . ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات ، ولو كان الوارث طرفاً فيه .

(١) فيقع باطلاً البيع الصادر من الوارث المحتمل لمال مملوك في الحال لمورثه اعتباراً بأنه سيرته منه مستقبلاً ( انظر مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤ . ويطلق أيضاً عقد القسمة الذي يرمه الورثة المحتملون لأموال مورثهم حال حياته ، وإن صح إذا أبرم بعد وفاته . ويطلق كذلك العهد الذي يقطع الولد على نفسه بعدم الطعن في وصية يجزئها أبوه .

(٢) وقد عرضت على محكمة النقض قضية تتعلق بموضوعنا . وتتضمن وقائع هذه القضية في أن زوجين أرادا أن يختص كل منهما بأموال الآخر بعد موته ، دون باق ورثته . فباع كل منهما في نفس اليوم للآخر أمواله بشحن صوري ، واشترط ألا يمتلك أحدهما أموال الآخر إلا بعد موته . وثار النزاع حول طبيعة كل من المقيدين ، هل يعتبر وصية فتتخذ في حدود ما يسمح به القانون ، أم يعتبر من قبيل التصرفات الأخرى في تركة مستقبلية ، فتقع باطلة . ونقضت محكمة الاستئناف باعتبار التصرف الصادر من الزوج لزوجته وصية . ولكن محكمة النقض رأت بحق أنه لا يعتبر كذلك ، بل يعتبر تصرفاً بمقابل ، ثم لتحايل على أحكام الميراث ، فهو تصرف في تركة مستقبلية على خلاف طريق الوصية . وغلصت محكمة العليا إلى بطلانه . وقد جاء في حكم المحكمة العليا : « حيث إن هذا الذي أثبتته محكمة الاستئناف بين الدلالة على أن أيًا من الزوجين لم يرد حقيقة الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، بل إن كلا منهما جمل وصية صاحبه له سبباً في وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على =



ولا يجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذي يأمل أن يناله من التركة ، أو مالا معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذها بالميراث أو بالوصية . وسواء في ذلك أصدر التصرف لوارث احتيالي آخر أم لأجنبي ، وسواء ارتضاه المورث أم لم يرتضه . ولا يجوز للأب أن يهب بعض ماله لابنه على اعتبار أنه يمثل نصيبه الذي يستحقه ميراثاً عنه بعد موته (١) .

وحرى بنا أن نلفت النظر إلى أن الحظر ، في الحال الذي نحن بصددده . لا يكون إلا إذا ورد التصرف في شأن مال ، اعتباراً بأنه سوف يكون من مشتملات تركه مستقبلية للإنسان لا زال على قيد الحياة عند التصرف . فلا يوجد

---

= الخطر والغرر ، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوقهم الشرعية في الميراث . أما التبرع المنقوض الذي هو قوام الوصية وعامداً ، فلا وجود له فيه . ويشبه التصرف أن يكون من قبيل ولاء المولاة ، ولكن في غير موطن المشروع هو فيه ، لأن لكل من المتعاقدين وريثة يمنع وجودهم من هذه المولاة . وترى المحكمة ... أنه من قبيل الرقبة المحرمة شرعاً ( انظر نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر لأحكام النقض ، ج ١ ص ٤٤٩ ) .

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٢٩ ، طعن ٤٦/٦٣٦ ق مجموعة النقض ص ٣٠ من ١٠٣ رتم ٣٥٨ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً سلم حال حياته إبنة قطعة أرض من أراضيها ليستغلها ، واعداً لإياه ببيعها له بعد سداد الدين التي تشتلها ، على اعتبار أن هذه الأرض هي مقدار نصيبه في ميراثه في الأراضي ، وألا يكون له نصيب آخر في تركته فيما عدا نصيبه في التخييل . رفع الأب دعوى بطلان الهبة . أجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه . تأسيساً على عدم مشروعية السبب لانصرافه إلى تعامل في تركه مستقبلية . وباركت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الاستئناف ، اعتباراً بأنه التزم صحيح القانون . والحكم هنا ببطلان التصرف سليم تماماً . ولكن يؤخذ على محكمة الاستئناف ، ومن بعدها على محكمة النقض ، أنها أسست ببطلان التصرف على عدم مشروعية السبب ، في حين أن يتأسس في الحقيقة على عدم مشروعية المحل ، اعتباراً بأن التصرف وارد على تركه مستقبلية . فليس يتناقض مع النظام العام مجرد الرضا في تخصيص أحد الورثة المحتملين بمال من أموال المورث . وآية ذلك صحة الوصية في حدودها المشروعة . ولكن الذي يتناقض مع النظام العام هو أن يتصرف الشخص تصرفاً منجزاً في تركته المستقبلية . وهذا هو ما حدث في واقعات النزاع التي صدر فيه الحكم الذي نقضه . فقد أصطى الأب حال حياته لابنه نصيبه في تركته ، وجعل بذلك وارثاً حالة كونه ليس يد وارثاً . والمسألة هنا ليست مجرد جدل فقهي . بل إن لها أهمية كبرى في العمل . فلو أن البطلان هنا تناسس على عدم مشروعية السبب - باعتباره الباعث النافع كما ذهب الحكم - لوجب علم المتصرف له به ، الأمر الذي حرصت المحكمة بالفعل على إثبات حصوله وهي في سبيل تمييز البطلان . أما تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل ، فلا يحتاج إلى علم المتصرف له به ولا حتى علم المتصرف نفسه .



ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص في أمواله ولو كلها ، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته . فيجوز للشخص ، مثلاً ، أن يبيع أو يهب كل أمواله ، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فوراً لا بعد الممات <sup>(١)</sup> ، كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص في الحال بالتزام معين ، ويتفق مع دأته على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل <sup>(٢)</sup> .

#### ٢٠١ - ثانياً - تعيين محل الالتزام :

الشرط الثاني الذي يلزم توافره في محل الالتزام هو أن يكون معيناً ، أو في الأقل قابلاً للتعيين . وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها ، مثله في ذلك مثل إمكان محل الالتزام . فالالتزام يلزم المدين بأداء محله . فإذا كان هذا المحل مجهلاً فاحشة : بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده ، كان من شأن ذلك أن تتور المنازعات ، دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها ، ومن ثم كان حرياً بالالتزام ألا ينشأ وبالعقد ألا يقوم . وتمشياً مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٣ تقضى بأنه : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً » ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

وتعين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال . فالالتزام بنشيد دار ، مثلاً ، يعين محله بالمواصفات التي يتضمنها العقد لهذه الدار . فإن لم يتضمن العقد ، في ذات نصوصه ، هذه المواصفات ، وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملزمة للعقد ، كان محل الالتزام صحيحاً ، وقام العقد ، وإلا

---

(١) عل أن يلزم بطبيعة الحال أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقياً وليس صورياً .

(٢) في هذا المثال لا يوجد تصرف في تركة مستقبلية . فالأمر لا يعدو ائتمان التزام المدين بأجل محدد بوفاء مورثه المحتمل .



كان هذا المحل غير مجدد لتحديد كافياً نائياً للجهالة الفاحشة ، ولا قابلاً للتحديد ، فينهار ، ويبطل العقد .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء ، فإن تحديده يختلف باختلاف ما إذا كان هذا الشيء معيّن بذاته أم بنوعه .

فالشيء المعين بذاته . كنزل محدد أو كتاب معلوم ، يتعين بمميزاته الذاتية أو بالإشارة إليه أو إلى المكان الذي وجد فيه ، بشرط أن يكون هذا واضحاً نائياً للجهالة الفاحشة .

والشيء المعين بنوعه ، أى الشيء المثلّ . يتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، أى صفه ، كما إذا بعثك ١٠٠ كيلو من الأرز المصرى درجة ٢٣ قيراطاً . وهذا هو التعيين الكامل .

يبد أنه إذا كانت الأشياء المعينة بالنوع تتحدد بالنوع والمقدار ودرجة الجودة ، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والأثر باختلاف هذه الأمور الثلاثة .

فالتحديد بالنوع ضرورى ، بحيث إنه إذا لم يحصل ، ولم يمكننا الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد . اعتبر المحل غير معين ، ووقع العقد بالتالى باطلاً ، كما إذا بعثك غلالاً دون أن أبين نوعها . قمحاً هى أم ذرة أم شعيراً ، وكما إذا بعثك حيواناً دون أن أبين ما إذا كان بقرة هو أم حصاناً أم حماراً .

والتعيين بالمقدار لازم بدوره ، وإلا بطل العقد . فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام ، وتعلق الوصول إليه فى ضوء ظروف العقد وملايساته ، بطل العقد . فإذا بعثك ، مثلاً ، قمحاً ، ولم يحدد مقداره ، ولم يكن فى ظروف التعاقد وملايساته ما يمكننا من الوصول إلى هذا التحديد ، وقع البيع باطلاً ، لعدم تعيين المبيع . إما إذا أدت الظروف إلى جعل المقدار قابلاً للتحديد ، صح البيع .

وفما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة ، فإن استلزم التحديد الكامل لمحل الالتزام تعينه ، إلا أن عدم حصول هذا التعيين لا يؤثر فى قيام العقد .



إذ أن محل الالتزام يعتبر معيّنًا ، ولو خلا من تحديد صفته ، حتى ولو لم يكن في ظروف التعاقد ما يؤدي إلى تحديده . فإن أمكن تحديد الصنف من ملائسات العقد وظروفه أو من العرف الجاري ، التزم المدين بأن يسلم الشيء من هذا الصنف . وإن تعذر تحديد الصنف على الوجه المتقدم ، التزم المدين بأن يسلم الشيء من صنف متوسط : أي صنف وسط بين الجيد والردىء .

## ٢٠٢ - ثالثاً - مشروعية محل الالتزام :

والشرط الثالث والأخير ، الذى يلزم توافره في محل الالتزام ، هو أن يكون مشروعاً ، أى جائزاً قانوناً . فإن كان هذا المحل غير مشروع ، ما قام الالتزام ، وبطل العقد الذى كان من شأنه أن يولده ، لعدم مشروعية محله . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٥ بأنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

ومناطق مشروعية محل الالتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للقانون وللنظام العام وحسن الآداب . فإن كان المحل لا يتعارض مع القانون ولا مع النظام العام وحسن الآداب في النولة . كان مشروعاً وقام العقد ، أما إذا كان مخالفاً للقانون<sup>(١)</sup> أو متجافياً مع النظام العام أو حسن الآداب ، وقع غير مشروع وبطل العقد .

ويقصد باصطلاح « النظام العام *Ordre public* » كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير

---

(١) ومن المقود التى يقضى القانون بطلانها لعدم مشروعية المحل بيع الوفاء ( المادة ٤٦٥ ) ، وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد ائتمن خلال مدة معينة ( انظر نقض ١٩٧٦/٣/١٥ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٦٥٢ رقم ١٣٠ - نقض ١٩٦٩/١/٢٣ ، مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٤٤ رقم ٢٤ ) . ومن المقود التى يقضى القانون بطلانها أيضاً لعدم مشروعية المحل عقود المقامرة والرهان ( المادة ١/٧٣٩ ) ، ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من أدائه ، ولو اتفق على خلافه ( المادة ٢/٧٣٩ ) ، حل أنه يستثنى عما سبق الرهان الذى يعقده المتبارون أنفسهم في المباريات الرياضية ( وليس غيرهم ) ، مع ثبوت الحق للقاضي في أن يحضض قيمته إذا كان مبالغاً فيه ، كما تستثنى أوراق التصيب المرخص بها قانوناً ( المادة ٧٤٠ ) .



في طريقها نحو العزة والمجد ، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية ، كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بواسطة سلطاتها المختلفة ، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة ، وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام في الدولة ، أم كانت تلك المصلحة اقتصادية : كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القوى في الدولة وتداول النقد فيها . أم كانت هذه المصلحة خلقية : ككل ما يؤدي إلى صيانة الأخلاق الحميدة في الدولة ، وهذا هو ما يطلق عليه حسن الآداب (١) .

والأمثلة على العقود التي تقع باطلة لمخالفة المحل فيها للنظام العام عديدة لا تتناهى . ونسوق منها الاتفاق الذي بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل في مهام وظيفته ، والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة . ويقع باطلاً أيضاً بيع المخدرات وغيرها من الأشياء التي يمنع القانون التعامل فيها . وبطل كذلك كل الاتفاقات التي تستهدف التأثير على حرية الناخب في أن يختار من يراه صالحاً لتمييله .

ومن أمثلة العقود التي تقع باطلة . لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب ، الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر ، وعلى الأخص أمام المحكمة ، والاتفاق الذي ترتضى به امرأة أن تعاشر رجلاً معاشرة آثمة غير مشروعة . ومن أمثلة العقود الباطلة ، لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب أيضاً ، كل الاتفاقات التي ترد بشأن الدعارة ، كالاتفاق مع امرأة على أن تعمل فيها ، أو الاتفاق على الترويج لها ، أو الاتفاق على تأثيث بيوتها ، أو بيع هذه البيوت أو إيجارها . وتنتم أحكام القضاء ، بشأن كل ما يتعلق بالدعارة ، بالصرامة والحزم . فهي تبطل بلا رحمة ولا هوادة كل العقود التي تتصل بها . بل إن المحاكم كانت تقضى ببطلان العقود المتصلة بالدعارة ، حتى في الأحوال التي كانت الحكومة تصرح بالدعارة وتخضعها لرقابتها ، اعتباراً بأن التصريح الرسمي بالدعارة ، وإن أضفى عليها الشرعية

---

(١) ولزيادة في الايضاح في صدد النظام العام وحسن الآداب ، انظر مؤلفاً نظرية القانون ، نبذة ٧٤ وما بعدها .



من الناحية الإدارية والجنائية ، إلا أنه يقصر عن أن يظهرها مما تنسم به من تناف وانحراف عن حميد الأخلاق وحسن الآداب .

### ٢٠٣ - الالتزام بمبلغ من النقود :

إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود ، فإن المدين يلتزم بدفع العدد المحدد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها ، في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به ، أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك ( المادة ١٣٤ ) .

فالعبارة في الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود هي بعدد هذا المبلغ ، أى بقيمته الاسمية ، دون تأثير لقيمه الحقيقية التي من شأنها أن تتعرض للارتفاع أو الهبوط ، بحسب قوة النقد أو ضعفه .

### ٢٠٤ - محل العقد أو العقود عليه في الفقه الإسلامي :

يولى الفقه الاسلامي بالغ الاهتمام محل العقد ، أو العقود عليه . كما يسمى فيه . فهو يدخل فيما يسميه « أصل العقد » ويرتب على تحلقه البطلان .

وإذا صرفنا النظر عن التفرقة التي يقول بها فقهاء المسلمين بين ما يطلقون عليه « ركن العقد » الذي يتمثل عندهم في الإيجاب والقبول ، وبين « شرائط العقد » التي تدخل في رعاها أمور أساسية تتعلق بالراضى نفسه : كتوافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد وتوافر العقل في كل من العاقلين ، كما يدخل في رعاها وجود العقود عليه والأوصاف اللازمة فيه ؛ إذا صرفنا النظر عن هذه التفرقة ، التي تبدو لنا غير ذات موضوع ، أمكننا أن نرى في العقود عليه ركنا في العقد ، إلى جانب الراضى ، وذلك في مفهوم فقه القانون المعاصر .

ويلاحظ أن اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر اقتضى نوعا من الاختلاف في فكرة محل الالتزام أو العقود عليه . فالقانون المعاصر يهتم بالموضوع المباشر للالتزام ، ويجعل منه عملا له . ولذلك فإن محل الالتزام يتمثل فيه على الدوام عملا أو فعلا ، إيجابيا كان أم سلبيا .



أما الفقه الاسلامي ، فهو يتم ، في المكان الأول ، بالغاية من الحق . ولذلك فهو يرى محله متمثلاً فيها ، الأمر الذي يؤدي إلى أن تصبح الأشياء ، لا الأفعال ، هي المعقود عليه في الغالب من الحالات . ولإيضاح هذه الفكرة ، نأخذ عقد البيع كثال . فالقانون المعاصر يرى محل الالتزامات المتولدة عنه متمثلاً في أفعال ، كعمل البائع على نقل الملكية والتسليم والضمان بالنسبة إلى البائع ، ووفاء الثمن بالنسبة إلى المشتري . أما الفقه الاسلامي ، فيرى المعقود عليه متمثلاً في الغاية من البيع ، وهي المبيع والثمن .

وإذا لاحظنا هذا الاختلاف في الصياغة القانونية ، وأدخلنا التعديل الذي يقتضيه *mutatis mutandis* ، أصبحت فكرة المعقود عليه في الفقه الإسلامي ماثلة أو تكاد لفكرة المحل في القانون المعاصر . مع استثناء جوهرى يتمثل اختلافاً أساسياً بينهما ، وهو ما يتعلق بالتعامل في الأشياء المستقبلية ، حيث يبيحه القانون المعاصر كقاعدة ، وإن حرمه ، في حالة معينة ، على سبيل الاستثناء ، في حين أن الفقه الاسلامي يحظره كقاعدة ، وإن أباحه في حالات خاصة ، على سبيل الاستثناء .

وإذا أردنا ، بعد أن أبرزنا الفكرة الأساسية التي تسود « المعقود عليه » في الفقه الاسلامي بوجه عام ، أن نركز على الشروط التي يجب توافرها فيه تحت ظل « المحلة » ، باعتبارها تقنياً للفقه الاسلامي على المذهب الحنفي ، أمكننا أن نرد تلك الشروط إلى ما يلي :

١ - يجب أن يكون المعقود عليه موجوداً عند العقد <sup>(١)</sup> . وهذا ما يقابل ، في القانون المعاصر شرط إمكان المحل . لأن محل الالتزام في القانون المعاصر ، هو القعل ، ومن ثم توجب إمكانه . في حين أن المعقود عليه ، في الفقه الإسلامي هو الشيء ، ولذلك اشترط وجوده .

(١) انظر المادة ١٩٧ مجلة بشأن عقد البيع ، حيث تنص بأنه : يلزم أن يكون المبيع موجوداً . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بعدد الفروع ، حيث تستلزم أن يكون المرهون موجوداً . وانظر كذلك ٨٥٦ بشأن الحبة ، وهي تقول : « يشترط وجود الموهوب في وقت الحبة . بناء عليه لا تصح هبة غيب بستان سيندك أو ولد قرنس سيوله » .



وإذا لم يكن العقود عليه موجودا عند التعاقد ، وبعبارة أخرى إذا كان معلوما حينذاك ، وقع العقد باطلا . وقد ذلك تقضى المادة ٢٠٥ من المحلة ( الواردة بشأن البيع ) بأنه : « بيع المعلوم باطل فيطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . وكذلك تقضى المادة ٣٦٣ بأن بيع المعلوم وما ليس بمعلوم بالتبليغ وما ليس بمال مقوم باطل .

ويطل العقد ، إذا كان العقود عليه معلوما عند التعاقد ، حتى إذا كان محتمل الوجود مستقبلا . وهكذا فيبيع الثمرة إلى لم تبرز أصلا يقع باطلا ( المادة ٢٠٥ محلة ) . بل إن العقد يطل ، كأصل عام ، حتى إذا كان أصل الشيء موجودا ، طالما أن وجوده ذاته لم يتم . وهكذا لا يجوز بيع الحمل ولا اللبن في الفرس (١) ، كما لا يجوز هبة ولد فرس سيولد ( المادة ٨٥٦ من المحلة ) .

وهكذا يظهر أن التعامل في الأشياء المستقبلية يرد ، كأصل عام ، باطلا في المحلة ، كما يرد باطلا في الفقه الاسلامي بوجه عام . بخلاف القاعدة التي يقضى بها القانون المعاصر .

بيد أن بطلان التعامل في الأشياء المستقبلية لا يقرر في الفقه الاسلامي ولا في المحلة على وجه شامل مطلق . وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات . وأنهم هذه الاستثناءات بيع السلم وهو بيع المؤجل بالعجل ، كما إذا اتفق على أن يسلم أحد العاقدين في مجلس العقد مبلغا من المال على كمية من الحنطة محددة في مقدارها وفي وصفها من الجودة والخص (٢) . ومن استثناءات حظر التعامل في الأشياء المستقبلية كذلك ، بيع الثمار قبل نضجها ما دامت برزخ جميعها ( المادة ٢٠٦ محلة ) : أو كانت مما تتلاحق أفرادها كالفواكه والأرزهار والخضروات وبرز بعضها (٣) ، إذ يصبح هنا بيع ما سيرز مع ما يبرز تبعالة

(١) انظر بدائع الصنائع (ج ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩) . وقد أشار إليه الأستاذ السجوري ومؤلفه .

(٢) انظر في بيع السلم وشراؤه المادة ٣٨٠ - ٣٨٧ من المحلة .

(٣) جاء في التقرير المقدم من واضع المحلة للصدر الأعظم ما يأتي : « ذكر في المادة السابقة والتسعين من المائة والمادة الخامسة بعد المائة أنه لا يصح بيع المعلوم ، والحال أنه ما كان مثل =







عليه مالا متقوما يقابل ، في القانون المعاصر ، اشتراط أن يكون الشيء الذي يتعلق به الالتزام داخلا في دائرة التعامل في أي مشروعا .

٤- ويجب ، في النهاية ، أن يكون العقود عليه محددًا تحديدا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة . فيبيع المجهول فاسد ( المادة ٢١٣ مجلة ) ، كما إذا قال شخص : « بعثك جميع الأشياء التي هي في ملكي » . وإذا لم يعين المأجور . فان الإيجار لا يصح ( المادة ٤٤٩ مجلة ) ، وكذلك إذا كانت الأجرة غير معلومة ( المادة ٤٥٠ مجلة ) . ولا تصح هبة الشيء إذا لم يكن معينا ( المادة ٨٥٨ ) .

هذه هي الشروط الأربعة التي تستلزمها « المحلة » في العقود عليه . ويلاحظ أنها تقرر بطلان العقد جزاء لتخلف الشروط الثلاثة الأولى ، في حين أنها تقرر فساد العقد جزاء لتخلف الشرط الأخير .



## الفصل الثالث

### السبب

٢٠٥ - تناولنا فيما سبق ، من أركان العقد : الرضاء والمحل . وقد جان لنا أن تناول الركن الثالث والأخير . ونعني به السبب (١).

ويقصد بالسبب *cause* ، باعتباره ركناً في العقد ، أو ركناً في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء ، الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام ، أو هو عبارة أخرى ، الغاية التي يبتغي الملتزم تحقيقها نتيجة تمهده بالالتزام . فالمدين ، حينما يرضى أن يحمل نفسه بالتزام معين ، يفعل ذلك بالضرورة لغرض محلو ، أو غاية يسعى إليها ، ويطلق على هذا الغرض أو تلك الغاية لفظ « السبب » . فالبائع ، مثلاً ، يرضى التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وبتسليمه إياه . رغبة منه في الحصول على الثمن الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه له . وهكذا فسبب أى من التزامات البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ومن ناحية أخرى ، يرضى المشتري التحمل بالالتزام بدفع الثمن ، مدفوعاً في ذلك برغبته في الحصول على المبيع . ولذلك يتمثل التزام البائع ، بما يحق له هذه الغاية ، سبباً لالتزامه . وسبب الالتزام يتميز بشكل واضح عن محله . فهو . كما قلنا ، الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . أما المحل ،

---

(١) المراجع في نظرية السبب كثيرة متعددة . وإلى جانب المؤلفات العامة في نظرية العقد أو نظرية الالتزامات ، نشير هنا إلى جانب من المراجع الخصة في نظرية السبب :

H. Capitant, De la cause des obligations, 3 me éd., 1927-Josserand, Les mobiles des actes juridiques, nos 108 et S. — Maury, Encyclopéd. Dalloz, reptroire dr. Civ., voir cause-Dabin, théorie de la cause, th. Liège 1919 — Droat des Monts, la cause immorale, thèse Paris 1955 — Maury, le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, rev. trim. dr comparé, 1951 p. 485 et s.



فهو ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه ، الأمر الذى يلزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهكذا فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال : لماذا التزم المدين *cur debetur* ، ومعنى أدق ، لماذا أراد المدين أن يلتزم ؟ في حين أن الحل تتضمنه الإجابة على السؤال : لماذا التزم المدين <sup>(١)</sup> *quid debetur* ؟

ولا مجال لفكرة السبب إلا في الالتزامات الإرادية ، أى تلك التى تنشأ بفعل الإرادة . فهى لا تكون في الالتزامات غير الإدارية ، أى تلك التى لا يكون للإرادة دخل في ذات نشوئها . فالسبب ، كما قلنا ، هو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء ارتضاائه التحمل بالالتزام . فهو لا يكون حيناً يفرض القانون الالتزام على المدين ، دون أن يكون لإرادته دخل في تحمله به ، كما هو الحال في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وعن الإثراء بلا سبب ، وتلك التى جرت العادة على نسبتها إلى القانون مباشرة . وإذا وصلنا إلى أن السبب لا يكون إلا في الالتزامات الإرادية ، فهو يكون فيها كلها ، دون تفرقة بين تلك الناشئة عن العقد . وتلك الناشئة عن التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوصية والوعد بمجانرة .

٢٠٦- ويجب بادئ ذي بدء علم الخلط بين السبب ، بالمعنى الذى حددناه فيما سبق ، وبين السبب بمعنى المصدر الذى يتولد الالتزام منه . فلفظ « السبب » يفيد في نظرية الالتزام ، معنيين أساسيين : فقد يقصد به المصدر الذى يستمد منه الالتزام وجوده . ويطلق عليه . حيناً يفيد هذا المعنى « السبب المنشئ » *cause efficiente* . وفي هذا الصدد ، يقال إن العقد ، مثلاً ، أو العمل غير المشروع ، سبب للالتزام . وقد يقصد بالسبب الفرض أو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام . ويطلق عليه في هذا المجال « السبب المقصدى » *cause finale* . ونحن هنا نتناول السبب باعتباره أنه يفيد المعنى الأخير .

#### ٢٠٧- نشأة فكرة السبب :

لم يعرف الرومان ( السبب ) ، باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد ، ولم

(١) انظر Mazenod ، المرجع السابق نبذة ٢٥٤ .



يدخلونه أصلاً في مقتضيات قيامه : فاصطلاح « السبب » *causa* عندهم لا يعنى إلا أمراً واحداً ، وهو المصلر المنشئ ، للالتزام *cause efficiente* . وإذا كان السبب ، باعتباره الغرض الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء قبوله التحمل بالالتزام ، لم يصل عند الزمان إلى حد الركن اللازم لانقضاء العقد ، فإن فكرته مع ذلك لم تبق ميتة عنهم . فقد تأثر بها القضاء البريتورى ، وهو في سبيل العمل على التخفيف من حدة القانون وصرامته ، وجعله متمشياً مع مقتضيات العدالة <sup>(١)</sup> .

(١) وعدم اعتبار السبب ، عند الرومان ، ركناً في العقد يمثل منهم سلوكاً طبعياً ، في مستهل عهد شريعهم المريقة . إذ أن العقود كانت وقتئذ خاصة كلها لسلطان الشكل . ومضى ذلك أنه لم يكن يلزم لانقضاء إلا أن تنجم في الشكل الذى رسمه القانون ، حتى إذا ما جاءت في هذا الشكل ، قامت صحته ، دون اعتداد بعد ذلك حتى بالإرادة في إنشائها ، ومن باب أولى ، دون اعتداد بالسبب الذى استهدفته تلك الإرادة . وبقي الوضع على حاله ، من غير تعديل في غرض إنشاء العقد ذاته ، حتى بعد أن تواجدت لدى الرومان بعض العقود الرضائية ( وهى البيع والإيجار والوكالة والشركة ) ، حيث إنهم لم يتطلبوا فيها أن تنجم الإرادة عن سبب يحدوها . وهذا ما يفسر عنهم ظاهرة استقلال الالتزامات بعضها عن البعض الآخر في العقود الملزمة للجانبين ، وإن أدى تعديل البريتير ، على مر الزمن ، إلى إيجاد شيء من الارتباط بينها بوجه من مقتضيات العدالة .

وكان من شأن عدم ارتكاز العقد في قيامه على سبب عند الرومان أنه كان من الممكن أن يقوم العقد صحيحاً وأن يتحمل كل من طرفيه بالالتزام الناشئ عنه ، ورغم أن الغرض الذى كان يستهدف أى منهم الوصول إليه من ارتضاؤه غير متحقق . فالغرض ، مثلاً ، الذى يبرم عقد القرض في الشكل المرسوم ، كان يلتزم بدفع مبلغ القرض ، حتى لو لم يكن قد تسلمه من المقرض .

وهذا الأمر ، وإن تمشى تماماً مع مقتضيات فن تكوين العقد عند الرومان ، إلا أنه سرعان ما استبان تجافيه مع روح العدالة فيهم ، واستطاع الحال تدخل البريتير لرفع هذا التجافى ، أو في الأقل ، لحسن نظاه . والبريتير ، كما نعلم ، كان يعتبر ملائمة العدالة عند الرومان . وقد لعبت بالفعل ، على مر الأيام ، دوراً بارزاً في تطوير قانونهم وتخفيف حدة وصرامة قواعدهم . وتدخل البريتير لم يصل إلى حد الاعتراف بالسبب كركن لازم لقيام العقد . فهو قد أقر بأن العقد يقوم صحيحاً ، حتى ولو لم يستند إلى سبب . بيد أنه إن فعل ذلك ، إلا أنه أعطى للمدين وسيلة يدافع بها عن نفسه ، في مثل هذه الحالة . وتمثل هذه الوسيلة في الدفع بالنش *exceptio doli* . فقد أجاز البريتير ( وهو القاضي الرومانى ) للمدين أن يدفع بالنش للمائن ، إذا ما ملّاه بالوفاء بالالتزام لا يستند إلى سبب . بل إنه أجاز له أن يأخذ المبادرة ، ويرفع تخوفاً حقيقاً على ذاته =



٢٠٨ - ولعل الفضل في نشأة « السبب » باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد في القانون المعاصر ، يرجع إلى الكنسيين *les canonistes* . ومن الممكن أن يكون الكنسيون قد تلقفوا فكرة السبب في عمومها من القضاء البيتوري عند الرومان . ولكنهم ، على أية حال ، هم الذين وضحوها وبلوروا ووصلوا بها إلى مرتبة الركن اللازم لقيام العقد . بمعنى أنه إذا لم يتوافر السبب ، أو حتى إذا توافر ولكنه جاء مخالفاً للأخلاق ، وقع العقد باطلاً .

ولقد بدأ الكنسيون ، في نظرهم إلى السبب ، محدوده على نحو ما قال به البريتير الروماني ، أي على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه العقد . كما أنهم استهدفوا بالسبب في أول الأمر ، نفس الغاية التي عمد البريتير إلى تحقيقها ، وهي توفير العدالة في العقود ، اعتباراً بأنه يتجاف مع العدالة أن يتحمل المتعاقد بما يفرضه العقد عليه من التزام ، إذا كان الغرض الأول الذي التزم من أجله لم يتحقق . فبالعدالة تأتي . مثلاً ، أن يلتزم المقرض بدفع مبلغ القرض ، إذا كان الغرض الأول الذي سعى إليه ، وهو تسلمه هذا المبلغ ، لم يتحقق . بيد أن الكنسيين سرعان ما توسعوا في فكرة السبب ، فأدخلوا فيه ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، الأمر الذي قصدهوا به إسباغ الفضيلة على العقود ، بمنعها من أن تتخذ وسيلة لمخالفة الأخلاق ، بعد أن عملوا من قبل إلى توفير العدالة في العقود . وعلى هذا النحو وصل الكنسيون من تقرير فكرة السبب كركن في العقد إلى إرساء العقود

---

*condictio liberationis* = ، يطلب فيها تقرير برائة ذمته ، تأمياً على عدم وجود سبب لالتزامه . وأكثر من ذلك كله ، أجاز القضاء البيتوري المدين الذي يوق بينين غير مستند إلى سبب ، أن يرفع دعوى على الدائن باسترداد ما وقاه له ، تأسيساً على الإثراء بلا سبب . حكماً نجد أن القانون الروماني ، وإن لم يعرف السبب كركن لازم لقيام العقد ، وإن لم يجعل لتخلفه أثراً مباشراً في ذات قيامه كعقد ، إلا أن فكرته في ذاتها تواجدت ، تحت ظله ، في القضاء البيتوري ، وإن كان ذلك على غير وضوح كاف ، وكجهد وسيلة غير مباشرة لتحقيق العدل . وهو إذا تواجد على هذا النحو ، فلم يكن يقتضيه إلا الغرض المباشر الأول الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . فلم يدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد .



على دعامتين أساسيتين ، هما العدالة والفضيلة<sup>(١)</sup> .

وهكذا نظر الكنديون إلى « السبب » نظرة عميقة واسعة مدخلين فيه  
الفرض المباشر الأول والباعث الدافع في آن معاً . وهي نفس الفكرة التي  
عاد إليها الفكر القانوني المعاصر . بعد وقت جد طويل ، ظل السبب خلاله

(١) وكان طبيعياً أن تصادف فكرة السبب حسن القبول في نفوس الكنديين ، سيما وقد  
وصلوا إلى تحرير المقود من ربة الشكالية التي كانت سائدة عند الرومان ، وأصبحت المقود .  
في ظلمهم ، وضائيت ، إعمالاً للبدا الذي ساد عندهم ، وهو أن الوفاء بالمهد الذي يقطعه الشخص  
على نفسه واجب ، أي ما كانت الصورة التي يجيء عليها . فإذا كانت المقود قد تحررت من  
ربة الشكل ، وأصبحت الإرادة مجردة وذاتها قادرة على إنشائها ، فإنه ليس مما يتفق مع  
نوازع المسيحية أن تترك هذه الإرادة مطلقة بغير حدود ، وإنما يلزم تقييدها بما تستوجبه أخلاق  
المسيحية وآدابها ، لا سيما ، إرساء مبدأ العدالة في المقود من وجه ، وجعل المقود بمثابة عن أن  
تتخذ أداة لتكسب الفضيلة من وجه آخر . ورأى الكنديون في «السبب» خير وسيلة للوصول  
إلى ما يبتغون ، فانتفوه أداة لتحقيق هذين الغرضين كليهما .

فمن أجل توفير العدالة في المقود ، تطلب الكنديون أن يكون للالتزام سبب ، وإلا وقع  
المقد باطلاً . وفي هذا المجال ، نظروا إلى السبب على اعتبار أنه الفرض المباشر الأول الذي يسمى  
المصاقد إليه من وراء ارتضائه التحمل بالترامه . وهو نفس مدلول فكرة السبب كما تراهي للقضاء  
البريتوري عند الرومان . وعلى هذا النحو ، رأى الكنديون أنه ، في المقود الملزمة للجانبين  
كالبيع ، يمثل سبب التزام كل مصاقد في التزام المصاقد الآخر ، وبمباراة أخرى في الأداء  
المقابل لأدائه . فإذا لم يكن لالتزام المصاقد سبب ، وبمباراة أخرى إذا لم يكن له مقابل ، وقع  
المقد باطلاً ، ولم يبق بالتالي التزام ذلك المصاقد . إذ أن في القول بقيامه تناف مع العدالة لأنعدام  
المقابل . وقد أدت هذه الفكرة بالكنديين إلى أن يقولوا مبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة في  
المقود الملزمة للجانبين *connexité* . وقد تركز هذا القول منهم في الشعار الذي ساد لديهم  
خلال القرن الثالث عشر ، والذي يقول بأنه : « لا يلزم الشخص بأن يراعي عهده مع من لا يراعي  
عهده نفسه ، أو لا عهد لمن لا عهد له *Non servandi fidem non est fidem servandi* » .

وإذا كان الكنديون قد استنفوا من استلزام توافر السبب . كركن لازم لقيام المقد ،  
توافر العدالة في المقود ، فإنهم لم يقفوا به عند هذا الهدف وحده على جليل شأنه ، ولكنهم  
رغبوا به الوصول إلى هدف آخر لا يقل عن سلفه جلالاً ونبلاً ، ألا وهو منع المقود من أن  
تتخذ وسيلة لتكسب الفضيلة ومخالفة الأخلاق . وفي سبيل العمل على تحقيق هذا الهدف الأخير ،  
أدخل الكنديون في تحديد السبب ، وكمنصر فيه ، الباعث المستحث الذي يدفع الماقد إلى ارتضاء  
المقد . وهكذا اتسع مدلول السبب عند الكنديين عما كان عليه الحال عند الرومان ، فلم يند  
مقتضوياً على الفرض المباشر وحده ، وإنما شمل إلى جانب الباعث المستحث الدافع . انظر فيما  
سبق *Mazeaud* ، المرجع السابق تبنية ٢٥٩ .



مقصوراً على الغرض المباشر الأول وحده . على نحو ما سنتبينه تفصيلاً فيما بعد .

### ٢٠٩ - النظرية التقليدية في السبب :

ابتداءً من القرن السابع عشر ، أخذ الفقهاء الفرنسيون التذمء يرجعون إلى فكرة السبب ، كما تراعت للبريتير الرومانى ، أى على اعتبار أنها تعنى الغرض القريب المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه : دون الذهاب إلى أبعد من ذلك ، لتقصى البواعث البعيدة التى دفعته إليه . وكان الفقيه Domat من السابقين إلى ذلك ، حيث صاغ من فكرة السبب نظرية عامة محبوة الأطراف . وأخذ بوتيه <sup>(١)</sup> Pothier فكرة السبب عن Domat . وعن هذين الفقهاء انتقلت إلى مجموعة نابليون .

وبعد صلور ملونة نابليون ، أخذ الفقهاء الفرنسيون يعالجون نظرية السبب على الأسس التى وضع الرومان بنورها الأولى ، وقام شراح القانون الفرنسى القديم ، لاسيما Domat و Pothier ، بصقلها وتنميتها وتهديتها ، وذلك طوال القرن التاسع عشر ، حتى أطلق على هذه النظرية « النظرية التقليدية » .

وتقوم النظرية التقليدية فى أساسها على التفرقة بين الغرض المباشر القريب *causa proxima* الذى يقصده الملتزم من وراء ارتضاؤه التحمل بالتزامه وبين الأغراض الأخرى البعيدة أو غير المباشرة *causa remota* . وهى

(١) ذكر بوتيه ، فى مؤلفه « الالتزامات » ، نبله ٤٢ و ٤٣ ما يأتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . ففى عقود المعاوضة ، يكون السبب فى الالتزام الذى يقصده أحد الطرفين هو ما أعطاه الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه إياه أو التبعة التى يتحملها ، وفى عقود المجرع ، يكون الجميل الذى يقصده أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يقصده نحوه . أما إذا لم يتم الالتزام حل أى سبب ، أو إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذى يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع ، فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام يجرع العدالة أو حسن النية أو حسن الآداب ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذى يتضمنه » . وقد نقلنا هذه الترجمة من كتاب بوتيه من أساتذتنا الشهورى . الوسيط ج ١ نبله ٢٦٠ .



لا تعتمد إلا بالأول . وترى فيه سبب الالتزام *cause finale* : في حين أنها لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام *causes impulsives* .  
فالبائع ، مثلاً ، وكل بائع ، يقصد ، بتحملة بالالتزام بنقل ملكية المبيع ، أن يتحمل المشتري بالالتزام بدفع الثمن . وهذا هو الغرض الأول المباشر الذي يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام . وهو وحده الذي ينهض سبباً لالتزامه هذا . أما البواعث التي دفعت البائع إلى أن يتحمل بالتزامه ، فهي تختلف من شخص لآخر . ومن حالة لأخرى . فقد يقصد البائع أن يستغل الثمن الذي يدفعه له المشتري في شراء مال آخر يكون له أنفع مما باعه ، أو في سفر يزعم القيام به ، أو في العلاج ، أو في تعليم نفسه أو أحد من ذويه ، أو في الإنفاق على الفقراء والمساكين . أو في الأجار في الخدوات ، إلى غير ذلك كله من الأغراض التي لا تنتهى . والمشتري يقصد بدوره ، من تحمله بالالتزام بدفع الثمن ، غرضاً مباشراً أول : هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه . وهذا هو سبب التزامه . أما الدوافع التي حثته على أن يحصل على المبيع ، فهي لا ترتقي إلى مرتبة السبب . ومن هي بعد تختلف باختلاف الظروف والأحوال . فقد يقصد المشتري من وراء حصوله على المبيع ، إن كان منزلاً ، مثلاً ، سكناه بنفسه ، أو تأجيرها لسكنى الغير . أو أن يفتح فيه متجرأ أو مقهى أو مستشفى أو نادياً للقمار . إلى غير ذلك كله من الأغراض التي لا تقع تحت حصر .

هذا هو أساس النظرية التقليدية . ويتركز كما قلنا في التفرقة بين الغرض المباشر الأول الذي يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه ، حيث ترى فيه ، وفيه وحده ، سبب هذا الالتزام ، وبين الأغراض التالية البعيدة ، حيث ترى فيها مجرد بواعث دافعة إلى الالتزام .

ونحن إذا قابلنا بين ما تراه النظرية التقليدية سبباً للالتزام وبين ما تراه مجرد باعث دافع إليه ، وجدنا الأول يتميز بأنه : (١) أمر موضوعي *objectif* ، أى أمر يتعلق بموضوع العقد ذاته . دون شخصية المتعاقد . (٢) وأنه أمر داخلي في العقد *intrinsèque* لا تنلمسه بعيداً عنه ، وإنما نستغنى



من طبيعته . (٣) وأنه في النهاية ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة *invariable* . فسبب التزام البائع ، مثلاً ، هو التزام المشتري ، وذلك في جميع عقود البيع ، دون تفریق . أما الثاني ، ونعني به الباعث الدافع ، فهو يتميز بأمر متناقضة تماماً : (١) فهو أمر ذاتي أو شخصي *Subjectif* ، أي متصل بشخص المتعاقد نفسه . (٢) وهو أمر خارج عن العقد *extrinsèque* ، إذ تنلمسه في نفسية المتعاقد ذاتها . (٣) وهو ، في النهاية ، متغير *variable* في النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة .

وبعد أن تفرق النظرية التقليدية بين السبب والباعث الدافع : تلجأ إلى تحديد السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وذلك على النحو التالي :

(أ) العقود الملزمة للجانبين : في العقود الملزمة للجانبين ، ترى النظرية التقليدية في التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر . ففي البيع ، مثلاً ، يعتبر سبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن ، ويعتبر سبب التزام المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه . ووفقاً لهذا التصوير التقليدي . إذا باع شخص شيئاً محرماً ، كية مخدرات ، مثلاً ، بطل التزامه هو لعدم مشروعية محله . أما التزام المشتري بدفع الثمن ، فهو لا يبطل تأسيساً على المحل . فمحله مشروع : إذ هو يقوم على دفع مبلغ من النقود . ولكنه يبطل لعدم مشروعية سببه . إذ أن سببه هو التزام البائع بنقل ملكية المخدرات وتسليمها .

(ب) عقود التبرع : السبب في عقود التبرع هو نية التبرع *animus donandi* ، دون البواعث التي دفعت إليها . فسبب التزام الواهب مثلاً . هو النية التي تحمله في أن يتبرع للموهوب له .

(ج) العقود العينية : السبب في العقود العينية ، أي تلك التي يلزم فيها التسليم لذات قيامها ، كالقرض والوديعة والعازية في ظل القانون القديم . هو واقعة التسليم . فسبب التزام المقرض بدفع القرض ، مثلاً ، هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض .



## ٢١٠ - مهاجمة النظرية التقليدية :

قليل من النظريات القانونية استهدف للتقد العاني العنيف ، كما استهدفت  
ته النظرية التقليدية في السبب . فقد قام كثير من الفقهاء بهاجمون تلك النظرية  
في عنف وإصرار ، للدرجة أن أطلق عليهم أعداء أو خصوم السبب (١)  
les anticausalistes .

وقد هاجم أعداء السبب النظرية التقليدية من وجهين : فقد رأوا فيها  
من ناحية ، أنها غير صحيحة ، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة .  
(أ) أما عدم صحتها ، فيدعيه أعداء السبب على النحو التالي :

١ - تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة  
للجانبيين ، هو التزام المتعاقد الآخر . ومؤدى ذلك ، في زعم أعداء السبب ،  
أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سابقاً للآخر ، ولاحقاً له في نفس  
الوقت ، اعتباراً بأن التزام كل متعاقد يعتبر سبباً لالتزام المتعاقد الآخر  
ومسبباً عنه في آن معاً ، والسبب يسبق المسبب . فإذا قلنا في عقد البيع ، مثلاً .  
إن سبب التزام البائع هو التزام المشتري ، وإن سبب التزام المشتري هو  
التزام البائع ، فإن مؤدى ذلك أن يكون التزام البائع لاحقاً في نشوئه لالتزام  
المشتري باعتباره مسبباً عنه ، وفي الوقت نفسه سابقاً عليه باعتباره سبباً له .  
وهذا غير منطقي من ناحية ، ثم إنه غير صحيح قانوناً ، من ناحية أخرى ،  
إذ أن الالتزامات المتولدة عن العقد تنتج عنه في وقت واحد ، كأصل عام .

وهذا التقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقير الكبير  
Capitant . إذ هو يقوم على اعتبار أن المقصود بالسبب هو السبب  
المنشئ ، أي ذلك الذي يعتبر مصدراً للالتزام . في حين أن المقصود بالسبب ،  
باعتباره ركناً في العقد ، هو السبب القصدي ، أي الغرض المباشر الذي  
يقصده الملتزم من وراء التزامه . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون كل  
من الالتزامين المتقابلين سبباً أحدهما للآخر في هذا المعنى ، وإن كانا يولدان

(١) وكان الفقهاء البلجيكيون من السابقين في ذلك ، لا سيما Laurant و Ernest .

ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا نظرية السبب في فرنسا العلامة Planiol .



في نفس الوقت . إذ أن السببية هنا نفسية تتواجد في ذات نفس المتعاقد .  
وليست مادية ، بمعنى أن أمراً معيناً ينشئ أمراً آخر .

٢- السبب في عقود التبرع ، وفقاً للتصوير التقليدي ، هو نية التبرع  
كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة بقولهم إن نية التبرع تدخل  
في الرضاء . إذ أن الواهب لا يعتبر أنه ارتضى الهبة : إلا إذا قصد إعطاء  
الموهوب له الشيء تبرعاً له به .

وقد حاول أنصار السبب أو السبيون les causalistes كما يطلق  
عليهم ، لاسيما Capitant ، رد هذا الهجوم ، بمقولة إن الرضاء في عقود  
التبرع يتميز عن نية التبرع ، اعتباراً بأن رضاء الواهب هو قبوله إعطاء  
الشيء الموهوب له ، وهو أمر متميز عن نيته في إعطائه هذا الشيء تبرعاً  
منه ، تلك النية التي تعتبر سبباً لالتزامه . وهذا الرد غير مقنع في الحقيقة ،  
وفيه شيء من العمل كبير <sup>(١)</sup> .

٣- السبب في العقود العينية . وفق منطق النظرية التقليدية ، هو واقعة  
التسليم ، كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة ، بمقولة إن التسليم  
هو شرط لذات قيام العقد العيني . فكان النظرية التقليدية تخلط هنا بين السبب  
الملشئ والسبب القصدى .

وقد دحض أنصار السبب هذا النقد بقولهم إن التسليم لا يعتبر شرطاً  
لقيام العقد العيني ، إلا من حيث الصياغة القانونية ، لا أكثر . أما من حيث  
حقيقة الواقع ، فالعقد العيني عقد رضائي ينتج أثره الكامل بمجرد الاتفاق  
عليه . فالقرض ، مثلاً ، يلتزم بتسليم مبلغ القرض للمقرض ، بمجرد

---

(١) وقد أدى هذا بالفقيه Capitant نفسه ، وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية ،  
إلى أن يترف بأن السبب في عقود التبرع يحتلط بالباطل في حالتين : ( الأولى ) في التبرع  
المقترن بشرط ، كما إذا وهب شخص ماله على أن يخص ريمه ليكون مكافأة تمنح لأول ليسانس  
الحقوق . فهنا يسلم Capitant بأن سبب التزام الواهب هو الباعث الذي دفعه إلى التبرع .  
( الثانية ) في الوصية ، حيث يرى الفقيه الكبير أن سبب التزام الموصى هو الباعث الذي دفعه  
إلى إجراء الوصية .



اتفاقهما على ذلك . فإن نفذ التزامه وسلم هذا المبلغ إلى المقرض ، تحمل هذا الأخير بالالتزام بدفع هذا المبلغ إلى المقرض ، ويرجع سبب التزامه هذا إلى واقعة التسليم ذاتها . وهذا النقد منطقي ، ويتفق تماماً مع النظرة الحديثة للعقود العينية التي تجعل من التسليم أثرأها ، وليس ركناً لازماً لقيامها .

(ب) أما عدم فائدة نظرية السبب ، وهي الناحية الثانية التي تركزت حولها مهاجمة أعدائها إياها ، فترجع ، في نظر هؤلاء إلى إمكان الاستعاضة عن تلك النظرية ، في العقود الملزمة للجانبين ، بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، سيما وأن رضاء كل متعاقد بالالتزامات التي تتفله يقوم على اعتبار تحمل المتعاقد الآخر بدوره بالتزاماته . أما في عقود التبرع وفي العقود العينية ، فيمكن الاستعاضة بالسبب بالقواعد القانونية العامة ، لا سيما ما تعلق منها بتوافر الرضاء .

وهذا النقد لا يقوم في الحقيقة على أساس ، وعلى الأخص ما يتعلق منه بالعقود الملزمة للجانبين . فالقول بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هو بذاته تسليم بفكرة السبب . فهذا الارتباط يقوم لأن كل التزام يرجع في سببه للالتزام الذي يقابله .

من كل ما سبق يبين أن الهجوم القاسي العاقب العنيف الذي وجه إلى النظرية التقليدية في السبب لا يقوم ، في مجموعه ، على أساس ، إذا ما استثنينا ما تعلق منه بالسبب في عقود التبرع . ولهذا لم يفلح هذا الهجوم في الإجهاز على فكرة السبب في ذاتها <sup>(١)</sup> ، حيث وجدت لها مكاناً رحباً في

---

(١) بل إن الكثير من الفقهاء المعاصرين لازالوا يأخذون بنظرية السبب في شكلها التقليدي ، وعلى الأخص بعد التعديلات التي أدخلها عليها *Capitant* . وتتركز هذه التعديلات في ناحيتين أساسيتين :

(الأول) يرى الفقيه الكبير أنه من الأصوب ، في العقود الملزمة للجانبين ، القول بأن سبب التزام كل متعاقد ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في ثوبها الأصيل ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام . فسبب التزام البائع بنقل الملكية ليس هو ذات التزام المشتري بدفع الثمن ، ولكن الوفاء بهذا الثمن . وسبب التزام المشتري بدفع الثمن ، ليس هو ذات التزام البائع بنقل الملكية ، ولكن حصول هذا الانتقال بالفعل . وقد حدث بالفقيه *Capitant* إلى إجراء هذا التعديل وغبه في أن يجعل نظرية السبب دعامة للنقد ، ليس عند إبرامه فحسب ، —



أحدث التشريعات ، ومن بينها قانوننا المدني المصري : ومن بعده قوانين  
البلاد العربية الأخرى التي استوحته .

### ٢١١ - النظرية الحديثة في السبب :

العيب الذي يشوب النظرية التقليدية ليس هو في كونها غير صحيحة  
أو غير مفيدة . كما زعم أعداؤها ، بل هو يتركز في قصرها وضيق أفتها .  
الأمر الذي أدى بها إلى جذب إثمائها وضعف فائدتها . فإذا كان مؤدى  
نظرية السبب أن تنقضي الغرض الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام الذي  
يتحمل به ، فلماذا نقف عند الغرض المباشر الأول ، فلا نتعداه إلى غيره من  
الأغراض الأخرى التي تكون مثله دافعة إلى التعاقد . لماذا نقف في منتصف  
الطريق ، دون أن نسير فيه إلى نهايته ؟ فإذا اشترى شخص ، مثلاً ، منزلاً

---

- وإنما طوال حياته أيضاً . فلا يقتصر الأمر على تقرير بطلان العقد ، إذا ما تخلف السبب أو  
كان غير مشروع منذ البداية ، ولكن العقد يتأثر أيضاً بما يترتب سبب الالتزام بعد نشأته . فإذا  
هك المبيع ، مثلاً ، بعد البيع ، وزال بالتالى سبب التزام المشتري ، كان هذا الأخير في حق  
من تنفيذ التزامه . وإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزاماته ، جاز للمشتري أن يتمتع بدوره عن  
تنفيذ التزامه ، أو أن يفسخ البيع .

( الثانية ) والناحية الثانية التي شغلها التصديق الذي أجراه الفقيه الكبير **Capitant** في النظرية  
التقليدية تتعلق بالسبب في عقود التبصر ، حيث خلط بينه وبين الباعث في الهبة المقررة بشرط  
إنفاق ريع الموهوب على وجه معين وفي الوصية ، حل النحر الذي أوجبهناه فيما سبق ( انظر  
ص ٤٣٧ هامش ١ ) .

ويلاحظ أن التصديق الأول الذي أدخله **Capitant** حل نظرية السبب ، والذي  
يشتمل في قوله إن سبب التزام المتعاقد ، في العقود الملزمة لجانبين ، ليس هو ذات التزام المتعاقد  
الأخر ، ولكنه هو الوفاء به ، يلاحظ أن هذا التصديق لم يحل محل العقد . إذ أن العقد ، ولو  
أنه يستهدف حقيقة حصوله على مقابل التزامه هو ، أي قيام العقد الآخر بالوفاء بالتزامه ،  
إلا أنه يستهدف بادية ذي يده تحصيل هذا العقد الآخر بالتزامه ، حتى يقوم به ذلك بالوفاء به .  
فكيف لعقد أن يصل إلى أن يوفى له غرضه بالتزامه ، قبل أن تتشغل ذمته به . فالقول من **Capitant**  
أن سبب التزام العقد هو وفاء العقد الآخر بالتزامه فيه تجاهل لغرضه سبق ، وهو قيام الالتزام  
في ذمة هذا العقد الآخر . فقبل الوصول إلى الغاية ، ينبغي بادية ذي يده أن تتحقق الوسيلة  
التي تصلنا بها . انظر في هذا المسألة : **Maury, Enc. Dalloz, cause no 26, Rev. dr. com., 1951, P. 495.**



بغية اعداده لمباشرة المهارة فيه ، والزم بالتالى بدفع ثمنه ، فنحن نقصى  
الفرض الذى حدا به إلى قبول التحمل بهذا الالتزام . ولا جدال أنه قصد  
بذلك الحصول على ملكية المبيع ، كفرض مباشر أول ، وهو غرض مشروع  
لا غبار عليه . ولكننا لماذا نقف ، كما تفعل النظرية التقليدية عند هذا الحد ؟  
لماذا لا نتعمق أكثر ، فنقصى الفرض التالى ونعتد به ، كلما كان دافعاً  
إلى التعاقد وملحوظاً عند إجرائه ؟ ونحن ، إن فعلنا ، وجدنا أن الفرض  
التالى الذى يستهدفه المشتري ، فى مثالنا ، بعد أن يتحقق له الفرض المباشر  
الأول ( الحصول على ملكية المنزل ) . هو استعماله فى مباشرة المهارة . وهو  
غرض ناب مخالف لحسن الآداب . وهكذا نستطيع هنا أن نبطل عقد البيع ،  
على خلاف ما توحى به النظرية التقليدية . ولا جدال فى أن الأخذ بهذه  
الفكرة الجديدة يوسع الباب لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب ، لكى  
تنفذ على نحو أرحب ، فتنهض قيداً يرد على الإرادة ، يحد من انحرافها  
ويحول دون اتجاهها إلى ما فيه مخالفة لأسس المجتمع وحميد أخلاقياته .

هكذا ولدت النظرية الحديثة فى السبب . وقوامها أنها لا تقف عند  
الفرض المباشر الأول ، أو السبب القصدى ، كما تسميه النظرية التقليدية ،  
بل تدخل ، فى سبب الالتزام ، الباعث المستحث الذى دفع الملتزم للتحمل  
بالالتزام . فوقفا لمنطق هذه النظرية ، لا يعتبر سبب التزام المشتري ، فى  
البيع الذى يتقده لحصوله على منزل لكى يباشر التهاارة فيه ، هو مجرد تحصيل  
البائع بالتزام بنقل ملكية المنزل إليه ، كما تقول بذلك النظرية التقليدية فى  
ثوبها الأصيل ، ولا حصول هذا الانتقال إليه بالفعل ، كما تقول به تلك  
النظرية بعد التعديل الذى أدخله عليها *Capitant* ، ولكن يرجع سبب  
هذا الالتزام إلى رغبة المشتري فى الحصول على ملكية المنزل لمباشرة المهارة  
فيه . وبهذا تصل النظرية الحديثة إلى بطلان البيع فى هذه الحالة ، لعدم  
مشروعية السبب ، بشرط أن يكون البائع عالماً بالفرض الذى استهدفه  
المشتري ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . هكذا تكسرت من جديد  
الجوايز التى أقامها الرومان ، وسار عليها من بعدهم الفقهاء التقليديون بين



السبب القصدي ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، وبين الباعث الدافع إلى التعاقد ، وعدنا بذلك مرة أخرى إلى نظرية السبب ، كما ابتدعها الفقهاء الكنسيون .

خلاصة ما سبق أن النظرية الحديثة لا تقف ، في تحديد السبب ، عند السبب القصدي ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد ، كلما كان متصلاً بالتعاقد الآخر ، بمعنى أن يكون هذا عالماً به ، أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به . فليس كل باعث يدخل عنصراً في السبب . وإنما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد . بمعنى أن يكون هو الذي أدى بالمدين إلى أن يرتضى التحمل بالالتزام . بحيث إنه لولاه لما ارتضاه . ثم يلزم ، فوق ذلك ، أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث ، أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به (١) ، وذلك في المعاضات على الأقل . فإن بقي الباعث مجرد أمر داخلي كامن في نفس المتعاقد ، لم يعلم به غيره ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، ظل غريباً عن العقد ، ولم يدخل عنصراً في تكوين السبب . ففي مثالنا السابق الخاص بشراء منزل بغية مباشرة العهارة فيه ، لا يدخل هذا الباعث عنصراً في السبب ، ويؤدي بالتالي إلى بطلان البيع ، إلا إذا كان البائع عالماً به ، أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به (٢) ، لو أنه بذل من الحرص ما تفرضه الظروف على الرجل المعتاد .

---

(١) انظر في هذا المعنى Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٩ .

(٢) ويلاحظ أن منطق الأمور يقتضي منا ألا نطلب اتصال الباعث الذي يدفع أحد الماتدين إلى ارتضاء العقد بلم التعاقد الآخر ، لكي يدخل في مضمون السبب ، إلا في الحالة التي ترضع فيها دعوى البطلان من صاحب هذا الباعث نفسه . أما إذا رفضت دعوى البطلان من التعاقد الآخر ، فليس يوجد أي مقتضى لأن يكون الباعث الذي دفع غريمه معلوماً لديه عند العقد . فالغاية من طلب اتصال الباعث الدافع بالتعاقد الآخر هو تأييد هذا التعاقد نفسه من خطر البطلان ، في الحالة التي يكون جليلاً إياه تماماً ، اجباراً بأن استقرار المعاملات يقتضي ذلك . ولكن إذا رفضت دعوى البطلان من التعاقد الآخر ضد صاحب الباعث نفسه ، فلا معنى أن نطلب أن يكون الأول عالماً بهذا الباعث عند العقد . فلو أن شخصاً استأجر ، مثلاً ، داراً ليقيم فيها وكرراً للعاهرة ، ثم طلب هو بطلان الإيجار ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب ، فإنه يكون من المنطوق أن نطلب =



هذا هو مؤدى النظرية الحديثة في السبب . وهي لا تفرق ، في اعتدائها بالبايعات للدافع المعلوم من الطرف الآخر ، بين المعاوضات والتبرعات ، وإن وجد اتجاه قوى في الفقه يقتصر على اشتراط هذا العلم في المعاوضات وحدها دون التبرعات <sup>(١)</sup> : وهو اتجاه لم يجمع القضاء عليه ، بل لعله أميل إلى عدم مساييرته <sup>(٢)</sup> . وأياً ما كان الأمر ، فيندر جداً في مجال عقود التبرع أن يكون المتبرع له جاهلاً بالبايعات الآثم الذي دفع المتبرع إلى أن يتبرع له . ويلاحظ أن النظرية الحديثة لا تهجر منطق النظرية التقليدية على إطلاقه .

فهي لا تمدو أن تكون مكحلة له ، مع استثناء ما تعلق منه بالتبرعات . فهي مازالت تعتد ، في العقود الملزمة للجانبين ، بالسبب القصدى ، بمعنى الغرض

= اتصال ذلك الباعث الخبيث بمل المؤجر ، وإلا رأينا هذا الأخير وقد حرم من العقد ، نتيجة البطلان ، في حين أنه لا يوجد ما يؤخذ عليه . ولكن إذا كان رافع دعوى البطلان هو المؤجر نفسه ، فهل يكون من المنطق أن نحول بينه وبين الوصول إلى البطلان بمقولة إنه لم يكن يعلم ، عند العقد ، بالبايعات التي دفع المستأجر إلى إبرام العقد ، وأن هذا الباعث بالتالى لا يدخل في تكوين السبب ؟ واضح أن مثل هذا القول يتجافى مع المنطق ، من وجه ، ولا يمتشى مع الغاية التي من أجلها استلزم اتصال الباعث بالمقصد الآخر ، ومن وجه ثان . انظر في هذا المعنى : **Mazeaud** المرجع السابق ، نبذة ٢٦٩ . وانظر كذلك : **Planiol, Ripert et Esmein** ، ج ٦ ، نبذة ٢٧٨ - وانظر أيضاً : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، نبذة ٢٣٣ - وقارن : جمال زكي ، المرجع السابق نبذة ١١٥ .

وقارن نقض فرنسي مدني ٤ ديسمبر ١٩٥٦ ، **Sem. Jur.** ، ٢ - ١٠٠٠٨ وتعليق **J. Mazeaud** .

(١) راجع : **Josserand** ، في مؤلفه القيم **Les mobiles** ، نبذة ١٥٩ و ٢٦١ . وانظر أيضاً : **Mazeaud** ، المرجع السابق . وانظر كذلك **Marty et Raynaud** الموضح السابق ، نبذة ١٩٩ . وانظر حكم هذا الرأي : السهري الوسيط ج ١ نبذة ٢٨٣ . (٢) أنظر : نقض فرنسي عرائض ٢٤ يونيو ١٩٢٦ **D.H.** ، ١٩٢٦ ص ٤٠٩ ، سيري ١٩٣٦ - ١ - ٣٤٨ . وقد ذكر هذا الحكم أشراف المقاديين في علم مشروعية الباعث كشرط لإبطال التبرع ، برغم أن هذا الأمر لم يكن محل بحث في القضية . وانظر كذلك **Gronoble** ديسمبر ١٩٤٥ ، سيري ١٩٤٦ - ٢ - ٢٢ . وقد رفض هذا الحكم تقرير بطلان هيئة مستورة ، اجباراً بأن الباعث المتناق للأغلق لم يكن مشتركاً بين المقاديين . وانظر أيضاً نقض مصري ٧٩/١١/٢٩ ، مجموعة النقض ص ٣٠ ، ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، التي جاء في شأن دعوى بطلان هبة ، يقول إن السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ مدني ، يجب أن يكون معلوماً من التصاقه الآخر .



المباشر الأول . كل ما هنالك أنها لا تقف عنده ، بل تزيد عليه الباحث الدافع . بشرط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو في استطاعته أن يعلم به (١) .

أما في التبرعات ، فترى النظرية الحديثة أن سبب التزام المتبرع هو الرغبة في إسداء الجميل للمتبرع له . ثم تضيف إليه الباعث الدافع ، إذا كان ملحوظاً في التعاقد . بمعنى أن يكون الموهوب له ، مثلاً ، عالماً به ، أو كان في مقدوره أن يعلم به . لو أنه بذل جهد الرجل العادى .

وقد طبقت المحاكم : سواء في فرنسا أو في مصر تحت ظل قانونها القديم ، النظرية الحديثة في السبب على نطاق واسع ، وذلك في المعاولات والتبرعات على حد سواء . فقضت ببطالان عقد البيع أو الإيجار ، إذا كان المشتري أو المستأجر قد عقده بغية مباشرة الدعارة أو لعب القمار في العين المشتراه أو المستأجرة (٢) . مادام البائع أو المؤجر كان عالماً أو كان في استطاعته أن يعلم بقبيح قصده . وقضت كذلك ببطالان القرض الذى يرم بغية تمكين المقرض من مباشرة العهارة أو لعب القمار أو اللحاق بالخليل (٣) أو الخلية . وقضت أيضاً

(١) وقد أصابت محكمة الزقازيق الابتدائية (حكم صادر في ٢٠ فبراير ١٩٣٠ ، منشور في مجلة المحاماة المصرية ) عين الحقيقة ، عندما قالت ، في هذا الصدد ، بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر . وذلك في حالة ما إذا كان التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، وبأن الباعث يعتبر في هذه الحالة ملاحظاً في العقد ، وأنه بغونه لا يمكن لهذا الأخير أن يتم .

(٢) انظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض مدنى ١٢/٢٧ ١٩٤٥ ، Gaz. Pal. ١٩٤٦ ، ١٨ ، ١٤ ، منشور أيضاً ، في rev. tr. dr. civ. ١٩٤٦ ص ١٢٤ وملاحظات الأستاذين Mazcaud - نقض إجتماعى ١٠/٢٧ ١٩٥٧ ، Bull. Civ. ١٩٥٧ ، رقم ١٠٢٧ ص ٧٣١ - استئناف Nimes - ١١/٢٦ ١٩٦٦ ، Sem. Jur. ١٩٦٧ ، ٢ .

(٣) انظر نقض فرنسى عرائض ١٧/٤ ١٩٢٣ ، دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ ، وتتلخص مبررات القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن امرأة متزوجة اقترعت من أحد الأشخاص مبلغاً من النقود ، لكي تستطيع أن تلحق بشقيقها في جييت ، ولحقت به بالفعل ، وذلك بلم المقرض . طالب المقرض به ذلك مبلغ القرض . وقضى في الدعوى ببطالان عقد القرض ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب .



ببطلان الهبة التي يعقدها شخص لإمرأة، لكي يتوصل بها إلى معاشرتها حراماً ، أو لكي تستمر معه في تلك المعاشرة ، أو لكي يستعيد معها ، أو ليكافأها عليها (١) . أما الهبة التي يعقدها الخليل لخليلته ، بعد انتهاء المعاشرة الآتمة ، وبغية تمويضا عما لحقها من أضرار بسببها ، فهي صحيحة (٢) . وقضت محكمة النقض المصرية ببطلان هبة عقدها أب لإبنه ، تأسيساً على أن الباعث إليها هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموهوبة دون باقي أراضيه ، وهو باعث غير مشروع تخالفته أحكام الميراث (٣) .

هذه هي النظرية الحديثة في السبب . وهي من خلق القضاء ، حتى أطلق عليها أيضاً : « نظرية القضاء في السبب » .

وقد انحازت الأغلبية الكبرى من الفقهاء ، سواء في فرنسا أو في مصر ، إلى تلك النظرية من ناحية أنها لا تقف ، في مجال تحديد مضمون السبب ، عند الغرض المباشر الأول ، على نحو ما ذهبت إليه النظرية التقليدية : وإنما تعتد أيضاً بالباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . ولكن الفقه في مجموعه ، في سبيل تحقيق الهدف الذي نادى به القضاء

---

(١) انظر : نقض مدني فرنسي ١٤/١٠/١٩٤٠ D.H. ، ١٩٤٠ ص ١٧٤-٢٨/١٠/١٩٥٢ G.C.P. ، ١٩٥٢ ، ٢ ، ٧٦٤٧ - استئناف باريس ١٤-٦-١٩٥٥ G.C.P. ، ١٩٥٦ ، ٢ ، ٩٣٠٣ وتعليق Rabut - نقض مدني ٨/١٠/١٩٥٧ G.C.P. ، ١٠٢٣٤/٢/٥٧ ومنشور أيضاً في دالوز ١٩٥٨ ص ٣١٧ وتعليق Esmein .

(٢) إذا كانت الهبة بقصد تمويش الخلية عما لحقها من ضرر من جراء إبادة سميتها أو بقصد تأمين مستقبلها بعد انقطاع المعاشرة ، فإنها تقع صحيحة ، لمشروعية الباعث الدافع إليها ( انظر استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٠٩ ، المجموعة الرسمية ص ١١ رقم ٢ ص ٦ - استئنافية المختلطة ٨ يونيه ١٩١٦ ، جازيت ٦ رقم ٣٦ ، ص ١٧٦ ) . بل إن إعطاء الشيء هنا للخليلة ، على نحو ما يسود في الفكر القانوني الفرنسي ، لا يعتبر هبة ، إنما وفاء لالتزام طبيعى ( نقض باريس ١١ مارس ١٩٠٨ Sirey ١٩٠٨ - ١ - ١٧٠ ) . وانظر في هذا الاتجاه Mazeaud ، دروس القانون المدني ج ٢ نيلة ٢٨٠ .

(٣) راجع نقض ٢٩/١١/١٩٧٩ ، مجموعة النقض ص ٣٠ من ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، وقد سبقت الإشارة إليه ، ورأينا أن الصواب في واقعة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو تأسيس البطلان على عدم مشروعية الملل باختيار الهبة الواردة على تركه مستقبلة إعمالاً للمادة ١٣١/٢ ( راجع ما سبق ص ٤١٨ هامش ١ ) .



وأيدوه هو وباركه ، لجأ إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب ، بمعنى أنه لا يوجد في مجال العقد سبب واحد يعتد فيه بالفرض المباشر الأول . وبالباعث الدافع في آن معا ، وإنما يوجد هناك سببان ، سبب للعقد وسبب للالتزام . وحلوا سبب الالتزام بالفرض المباشر الأول . وهو الذي عنه التقليديون بقولهم « السبب القصدى cause finale » والذي اعتلوا به وحده . في حين أنهم يرون في سبب العقد الباعث المستحث الذي يدفع العاقد إلى ارتضائه : وهو الأمر الذي لم يكن التقليديون يدخلونه في اعتبارهم عند تحديد سبب كركن لازم لقيام العقد ، اعتباراً بأنه مجرد باعث دافع impulsive . ولقد راجت تلك الفكرة رواجاً كبيراً ، سواء في فرنسا <sup>(١)</sup> أم في مصر <sup>(٢)</sup> .

وأياً ما كان من أمر رواج فكرة ازدواجية السبب في الفقه المعاصر ، فإننا نراها غير مقبولة . لأن من شأنها أن تؤدي إلى تجزئة إرادة العاقد وهو يرتضى التعاقد ، في حين أنها لا يمكن أن تكون إلا واحدة . فالمتعاقد ، حينما يرتضى العقد الذي يبرمه . لا تكون له إلا إرادة واحدة . وهي إرادة تقوم ، في نفس الوقت ، على إبرام العقد ، وعلى تحمله بالالتزامات التي من شأن هذا العقد أن يرتبها في ذمته . وما دامت الإرادة واحدة ، فلا يكون لها إلا سبب واحد ، وإن أمكن لهذا السبب أن تتعدد منه العناصر .

وإذا كانت الغاية من ابتداء فكرة « سبب العقد » ، باعتبارها متغايرة مع فكرة « سبب الالتزام » هي الاعتداد بالباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد ، إلى جانب الفرض المباشر الأول ، فإن أسلم طريق إلى ذلك هو القول بأن السبب هو الفرض المباشر الأول مضافاً إليه الباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية السبب ، ولكنها تقوم على ازدواجية العناصر التي يتكون منها السبب .

(١) راجع على الأخص من الفقهاء الفرنسيين القائلين بازدواجية السبب : Mazeaud ، المرجع السابق ، ج ٢ ، نية ٢٥٥ - Marty et Raynaud ، المرجع السابق نية ١٨٥ وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نية ٢٣١ - أنور سلطان ، المرجع السابق نية ٢٠٨ - حشمت أبو متيت نية ٢٣٢ .



## ٢١٢- «السبب» في القانون المصري :

أقر القانون المدني المصري ، شأنه في ذلك شأن الأغلب من قوانين بلادنا العربية الأخرى<sup>(١)</sup> : أن يأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد : إلى جانب الرضاء والمحل . وهو ، إذ يفعل - يسائر النزعة اللاتينية التي يترجمها قانون نابليون ( المادة ١١٣١ إلى ١١٣٣ ) ، وتسير في فلكها قوانين أخرى عديدة<sup>(٢)</sup> . فقانوننا ، شأنه في ذلك شأن غيره من كثرة قوانين بلادنا العربية الأخرى وغيرها من بلاد الدنيا قاطبة ، يتطلب : لذات قيام العقد . أن يكون للالتزام سبب : وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

والقانون المدني المصري ، إذ يجعل من السبب - في وجوده ومشروعيته ، أمراً لازماً لا يقوم العقد بغيره ، يستهدف ، تحقيق العدالة في العقود ، من وجه ، وإضفاء الشرعية والفضيلة على العقود من وجه آخر . وهو إذ يحلو في ذلك حللو الأغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة ، والبلاد العربية منها خاصة ، يتجاوب تماماً مع هدف الشريعة الإسلامية الغراء المتمثل في منع العقود من أن تتخذ وسيلة لمخالفة صالح المجتمع وتكذب طريق الفضيلة والخلق الجميل<sup>(٣)</sup> .

واعتراف قانوننا بالسبب كركن لازم لقيام العقد ، جنباً إلى جنب مع الرضاء والمحل ، جاء منه في المادة ١٣٦ ، التي تنص بأنّه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

---

(١) انظر : المادة ١٣٧ من القانون المدني السوري ، والمادة ١٣٦ من القانون المدني الليبي ، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٦٥ من القانون الأردني ، والفصل ٦٢ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية ، والمادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي . وانظر المراد من ١٩٤ إلى ٢٠٠ من القانون اللبناني .

(٢) من القوانين الأجنبية التي تأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . القانون الإيطالي ( المواد من ١١١٩ إلى ١١٢٢ ) - القانون الأسباني ( المواد ١٢٧٤ إلى ١٢٧٧ ) - القانون الهولندي ( المواد ١٢٧١ إلى ١٢٧٣ ) - قانون كيبك ( المادتان ٩٨٩ و ٩٩٩ ) - مشروع القانون الفرنسي الإيطالي ( المواد ٢٧ إلى ٢٩ ) ..

(٣) راجع في فكرة السبب في الفقه الإسلامي ما سيجيء . نبذة ٢١٩ .



.. وهكذا بالسبب - في ظل القانون المصري ، ركن لازم لقيام العقد <sup>(١)</sup> .  
يتحتم تواجده فيه ، كما يلزم أن يكون مشروعاً . فإن لم يتواجد السبب في  
العقد ، أو تواجد ولكنه جاء غير مشروع ، تخلف عن العقد أحد أركانه :  
فلا يقوم ، وبعبارة أخرى يقع باطلا . وسوف نعود إلى ذلك بعد قليل .

### ٢١٣ - مضمون السبب في القانون المصري :

إذا كان قانوننا المصري يأخذ بالسبب كأساس للعقد ، بل للتصرف  
القانوني بوجه عام ، فما معناه عنده ؟ هل هو يتحاز ، في تحديد هذا المعنى  
إلى النظرية التقليدية ، فيقف عند الغرض المباشر الأول ، أى السبب القصدى ،  
أم أنه يتحاز إلى النظرية الحديثة . فيعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد ، طالما كان  
المتعاقد الآخر يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم به ؟

لا يوجد في صلب التقنين ما يقطع في الأمر بقول فصل . فقد اكتفى  
المشرع بالقول بوجوب توافر السبب ، وبأن يكون هذا السبب مشروعاً ،  
دون أن يحدد المقصود منه . ومع ذلك ، فلا يمكن أن يثور شك في أن مشرعنا  
أراد أن يتحاز ، في تحديده لمضمون السبب ، إلى النظرية الحديثة ، معتدلاً في ذلك  
بالباعث الدافع إلى التعاقد ، وغير واقف عند مجرد الغرض المباشر الأول .  
والأعمال التحضيرية قاطعة في هذا الأمر <sup>(٢)</sup> .

---

(١) ثمة آراء متباينة في الفقه حول دور السبب . فالبعض يراه ركناً في العقد ، والبعض  
الآخر يراه ركناً في الالتزام الذي يولده العقد . والبعض الثالث يراه ركناً في الإرادة التي تقوم  
العقد . والجدل في ذلك غير متج . إذ أن عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته يؤدي على أية حال  
إلى بطلان العقد ، أيما ما كان الأمر الذي يملق به . ثم إنه لو قيل بأن السبب يعتبر ركناً في  
الالتزام أو الإرادة ، فإنه حتى في هذه الحالة ، يعتبر ركناً أيضاً في العقد ، وإن كان ذلك بطريق  
غير مباشر .

(٢) فقد جاء في المذكرة الإيضاحية ، في نظرتها العامة عن السبب ( مجموعة الأعمال  
التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٥ ) ما يأتي : « لم ينبج المشروع نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية  
السبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر منها هذه النظرية .  
و الواقع أن السبب كما يصوره التقنيان الفرنسي والمصري - بمعنى الباعث المستحق لدخل في نطاق  
القانون للمنفعة - عنصر أخفياً من عناصر الأخلاق يجد من ترجمته المادية ، وهي بعد نزعة يشتد  
طينتها في بعض الأحيان - ثم جاء في المذكرة الإيضاحية ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢



ولكن إذا كان قانوننا يعتد ، كما تفعل النظرية الحديثة ، بالباعث الدافع إلى التعاقد . فهل يرى فيه وحده سبب الالتزام ، ويحمل بالتالي كلية السبب في معناه التقليدي ، أى بمعنى افترض المباشر ، وبعبارة أخرى السبب القصصى ؟

قد يفهم ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، حيث جاء فيها أن السبب هو الباعث المستحث<sup>(١)</sup> . وقد قال أيضاً بهذا الرأى أستاذنا الكبير السهورى . الأمر الذى حدا به إلى أن يأخذ على قانوننا ما أورده في المادة ١٣٦ منه ، والذي يدل على أنه من الممكن وجود التزام بلا سبب ، اعتباراً بأن إرادة المدين لا بد أن تكون مدفوعة بباعث ، وإلا كانت غير واعية . وما اهتم بها القانون<sup>(٢)</sup> .

ولا يمكننا التسليم بهذا الرأى . فهو يقوم في رأينا على فهم غير دقيق للنظرية الحديثة في السبب . فهذه النظرية ، وإن اعتدت بالباعث الدافع ، فهي تعتد به إلى جانب الفرض المباشر . أى السبب القصصى<sup>(٣)</sup> . ثم إن هذه النظرية لا تعتد بالباعث الدافع . إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر على النحو الذى حددناه ؛ فما الحكم إذا لم يتوافر هذا العلم ؛ هل نقول هنا إن العقد يقوم برغم عدم توافر السبب ؛ أى أنه يصبح تصرفاً مجرداً ؟ وفضلاً عما سبق فإن الأخذ بالرأى الذى نعارضه يتجافى مع المنطق ؛ إذ كيف نعتد بالباعث الدافع ، وهو غرض قال وغير مباشر استهدفه المتعاقد ، ونحمل في الوقت نفسه الفرض المباشر الأول الذى قصده هذا المتعاقد بادئ ذى بدء ؟ بل إن

---

(٢٢٧ ص) ، تعليقاً على المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى ، اللتين أصبحتا بعد إدماجهما المادة ١٣٦ من القانون ، ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث ، كما يشمله القضاء ان المصرى والفرنسى في الصبر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية صفة ، لا فرق في ذلك بين التبرعات والمواضات » .

(١) انظر المجلس السابق .

(٢) راجع السهورى ، الوسيط ج ١ ، نيلة ٢٨٩ و ٢٩٤ .

(٣) وقد حيرت من ذلك غير-تعبير محكمة الترقازيق الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ (المطامى ص ١١ رقم ٣٩ ص ٧٧) ؛ حيث جاء فيه أن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به ، في مرتبة واحدة مع السبب المباشر .



الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج شاذة . فلو أن شخصاً . مثلاً . تعهد لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود : على اعتبار أنه سوف يأخذه منه على سبيل قرض يتفق في بناء مسجد . دون أن يأخذ منه هذا المبلغ بالفعل : في مثل هذه الحالة . لو أننا قصرنا السبب على الباعث الدافع وحده ، لوجدنا التزام المتعهد سليماً . اعتباراً بأن الباعث الدافع إلى قيامه هو بناء المسجد ، وهو غرض مشروع : وتعين بالتالي وجوب قيام المتعهد بدفع مبلغ القرض برغم أنه لم يتسلمه . وتلك نتيجة تتجافى مع القانون في أبسط مظاهره ، في حين أننا لو اعتدنا أيضاً ، ونحن نحدد مضمون السبب ، بالغرض المباشر الأول ، إلى جانب الباعث الدافع . أوصلنا إلى أن سبب التزام المتعهد بدفع المبلغ هو تسلمه إياه لبناء المسجد : ونصل بذلك إلى بطلان هذا التعهد . لعدم تحقق العنصر الأساسي في السبب . ألا وهو واقعة تسلم المبلغ . وأخيراً فإن الرأي الذي نعارضه يصطلمد بنص المادة ١٣٦ . فهذه المادة تقضى بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلاً » . فهي بذلك تفرض حالات لا يوجد فيها سبب . وهذا الافتراض لا يتمشى مع اعتبار السبب هو الباعث الدافع وحده . إذ أنه لا يمكن تصور إرادة ترفض لإلزام صاحبها ، دون أن تكون مدفوعة في ذلك بباطل ، ما لم تكن تلك الإرادة غير واعية ، الأمر الذي يؤدي بالقانون إلى إهدارها .

يظهر مما سبق أنه ، وإن سلمنا بوجوب الاعتداد ، تحت ظل قانوننا المصري ، بالباعث الدافع ، إلا أنه لا يمكننا أن نرى فيه وحده مضمون السبب الذي يعتبر ركناً في العقد ، وإنما يلزم أن ينجيء هذا الباعث الدافع كعنصر ثانٍ يتضاف إلى الغرض المباشر الأول ، ليكونا معاً مضمون السبب .

والفقه المصري في أغليته يسير على أنه لا ينبغي الوقوف عند الباعث الدافع وحده ، وإنما يلزم أيضاً الاعتداد بالغرض المباشر الأول . وهو إذ يفعل ذلك يتجاوب مع الفقه الفرنسي . وقد أدى به هذا النظر إلى أن يجمع أو يكاد على



معارضة رأى أستاذنا الكبير السهوى<sup>(١)</sup> ، الذى رأى ، على غير حق ، قصر مضمون السبب على الباعث الدافع وحده .

والفقه المصرى شأنه فى ذلك شأن الفقه الفرنسى تماماً ، لجأ فى سبيل الاعتدال بكل من الغرض المباشر الأول والباعث الدافع إلى فكرة ازدواجية السبب ، بمقولة إنه يوجد ، فى مجال العقد سببان ، وليس سبب واحد فحسب ، سبب الالتزام ويروونه متمثلاً فى الغرض المباشر . وسبب العقد ويروونه متمثلاً فى الباعث الدافع . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الفكرة ، وأبدينا عدم موافقتنا عليها : تأميساً على أن القول بازدواجية السبب من شأنه أن يؤدى إلى تجزئة إرادة المتعاقد . حالة كونها واحدة . وخلصنا إلى القول بوحدة السبب فى العقد ، وإن تعددت عناصره . بحيث يشمل الغرض المباشر الأول ، وإلى جانبه ومضافاً إليه الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد علم به أو كان ينبغي عليه أن يعلم به<sup>(٢)</sup> .

خلاصة كل ما سبق أن الباعث الدافع ليس هو وحده الذى يكون السبب . بل إنه ليس من المهم أن يدخل أصلاً فى تكوينه . إذ أن ذلك مشروط بأن يكون ملحوظاً فى العقد . بمعنى أن يكون العاقد الآخر قد علم به ، أو كان ينبغي عليه أن يعلم به . فالركيزة الأساسية للسبب تتمثل دوماً فى الغرض المباشر الأول الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه العقد ، وبالتالي من ارتضائه التحمل بالالتزامات التى من شأن العقد أن يرتبها فى ذمته . وإلى جانب هذا الغرض المباشر الأول . وزيادة عليه - وليس بديلاً عنه - ينحصر الباعث الدافع إلى التعاقد لينضاف إليه ، إذا كان ملحوظاً فى العقد على نحو

(١) انظر : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق بقية ٢٢٨ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق بقية ٢٢٤ و ٢٢٥ - أنور سلطان ، المرجع السابق بقية ٢١٢ . وقارن : سليمان مرزوق . نظرية العقد بقية ١٦٤ . وقد رأى الزميل أن السبب فى قانوننا هو الغرض المباشر ، أى السبب الفصلى بالمعنى التقليدي ، مع استثناء الحالات التى يوجد فيها باعث رئيسى غير مشروع ، بشرط أن يكون مبيناً من الطرف الآخر ، حيث ينحصر هذا الباعث سبباً للالتزام . وهذا التمييز يبدو لنا غير مقنع . إذ كيف يختلف معنى السبب باختلاف الحالات ، فيكون تارة هو الباعث المباشر ، وأخرى هو الباعث الدافع ؟

رأى (٢) راجع تحقيق ، بقية ٢١٦ .



ما بيناه . أما إذا لم يكن الباعث الدافع ملحوظاً في العقد ، تحدد السبب بالغرض المباشر وحده .

وهكذا في ظل قانوننا المصري ، يتحدد السبب دائماً وفي كل الأحوال بالغرض المباشر الأول . ثم ينضاف إليه الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذا كان ملحوظاً في العقد ، بأن كان العاقد الآخر : عند التعاقد ، يعلمه أو كان ينبغي عليه حينئذ أن يعلمه . فإن لم يكن العاقد الآخر على علم بالباعث الذي دفع غرضه إلى التعاقد ، ولم يكن ينبغي عليه أن يعلمه ، لو أنه كان متسهماً بنقطة الرجل العادي وبذل حرصه ، اقتصر السبب على الغرض المباشر الأول وحده . فنحن ، في تحديدنا السبب ، لانقف عند الغرض المباشر الأول على نحو ما تقول به النظرية التقليدية . إلا إذا كان الباعث الدافع غير ملحوظ في العقد . فإن كان هذا الأخير ملحوظاً في العقد ، توجب الاعتداد به عنصرآ في السبب : ينضاف إلى الغرض المباشر الأول ، لكي يكون السبب ، في جملة . هو الغرض المباشر الأول والباعث الدافع في آن معا . فإذا اشترى شخص ، مثلاً ، داراً لسكنائها أو لاتخاذها وكرآ للمهارة ، وكان البائع عالماً بالباعث الذي دفع المشتري إلى إبرام البيع ، تمثل سبب التزام هذا الأخير في رغبته في الحصول على المبيع ( وهو الغرض المباشر الأول ) ، مضافاً إليه الباعث الذي دفعه إلى إبرام العقد ( السكنى أو اتخاذ الدار محلاً للمهارة ) . وهذه المثابة يكون سبب التزام المشتري ، في مثالنا ، ليس هو حصوله على الدار فحسب ، ولكن حصوله على الدار وسكنائها ، أو حصوله على الدار واتخاذها محلاً للمهارة . أما إذا كان البائع في مثالنا ، لا يعلم بالباعث الذي دفع المشتري إلى الشراء ، تمثل سبب التزام هذا الأخير في الغرض المباشر الأول وحده ، أي أنه يتحدد هنا بمجرد الحصول على المبيع .

وعلة التفرقة ، من حيث العلم ، بين الغرض المباشر وبين الباعث الدافع هي . أن الأول أمر موضوعي مستمد من طبيعة العقد ذاتها ، فهو من ثم أمر لا يستطيع المتعاقد الآخر ، ولا أي شخص غيره ، الادعاء بجهله . أما الباعث الدافع ، فهو أمر شخصي يتعلق بصاحبه ، ويتغير بتغير الأحوال ، ومن الممكن أن يجهله المتعاقد الآخر ، دون أن يؤخذ عليه هذا الجهل . فإن جهله هذا







المصرية بدورها لا تسايره<sup>(١)</sup>.

٢١٤ - وإذا أردنا أن نطبق مآقلائه ، في خصوص تحديد مضمون السبب على العقود الملزمة للجائين وعلى عقود التبرع باعتبارها أهم أنواع العقود ، لنبيّن لنا ما يأتي :

أولاً : في العقود الملزمة للجائين : يتحدد سبب التزام كل متعاقد بالتزام المتعاقدين الآخر ، على أن ينضاف إليه الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، وبالتالي إلى ارتضاء التحمل بالتزام ، إذا كان هذا الباعث متصلاً بالمتعاقدين الآخر ، وإلا فهو يتحدد بالتزام المتعاقد الآخر وحده . وعلى ذلك ، فإن اشترى أو استأجر شخص ، مثلاً ، داراً مباشرة العهارة أو لعب القمار فيها ، وكان البائع أو المؤجر يعلم بقبیح قصده ، فإن سبب التزامه بدفع الثمن أو الأجرة يتمثل في حصوله على الدار أو منفعتها ( وهذا هو مضمون التزامات البائع أو المؤجر على حسب الأحوال ) ومباشرة العهارة أو لعب القمار فيها . الأمر الذي من شأنه أن يدمغ العقد بالبطان . أما إذا لم يكن البائع أو المؤجر يعلم بقبیح قصد المشتري أو المستأجر ، وما كان بمسطيع أن يعلمه ، لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الرجل العادي ، فإن سبب التزامه يتحدد فقط بالحصول على الدار أو على منفعتها ، الأمر الذي يبعد عن عقده البطان .

ثانياً : عقود التبرع : يتحدد سبب التزام المتبرع ، الواهب مثلاً ، دوماً بالفرض المباشر الأول وهو اسداء الجميل للمتبرع ، وينضاف إليه الباعث الذي دفعه إلى اسداء الجميل ، إذا كان متصلاً بالمتبرع له . وعلى هذا فسبب التزام الخليل في هبة لخليلته ، التي يعقدها بقصد حملها على يده

---

(١) انظر نقض ١١/٢٩/١٩٧٩ ، طعن ٤٦/٦٢٦ ق مجموعة النقض من ٣٠ ح ٣٠ من ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطان هبة تأسيماً على عدم مشروعية السبب . وقد جاء فيه أن « السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوماً للمتعاقد الآخر . فإذا لم يكن حلاً لم به ، أو ليس في استطاعته أن يعلمه ، فلا يمتد بطعم المشروعية » .



المعاشرة الآتية أو الاستمرار فيها أو التشجيع عليها ، يتمثل في رغبته في إسداء الجميل لها وتحقيق تلك المعاشرة ، الأمر الذي يصل بالهبة إلى البطلان . ويلاحظ هنا أنه يتعلل على الخلية أن نحاج بعلم علمها بالباعث الذي دفع الرجل إلى التبرع لها . إذ أن طبيعة الظروف تجعل هذا العلم واجباً عليها . فليس من الحتم ، لاعتبار الباعث الدافع متصلاً بالمتعاقد الآخر ، أن يكون هذا علماً به حقيقة ، وإنما يكفي أن يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل الرجل العادى يعلم به ، حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر نفسه في خصوصية الحال المعروضة . فالمعيار هنا هو معيار موضوعى مجرد . أساسه الرجل العادى ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه . ولكن إذا أمكن في عقد من عقود التبرع ، أن يظل الطرف الآخر بعيداً عن الغرض القبيح الذى يدفع المتبرع إلى التبرع ، فلان هذا التبرع يكون صحيحاً . ومثال ذلك أن يكفل شخص خليفته في دين عليها بقصد قبيح ، دون علم الدائن بأنها خليفته (١) .

#### ٢١٥ - وجود السبب :

حددنا فيما سبق المقصود بالسبب أى مضمونه ، وتبيننا أنه الغرض الذى يسعى المدين إليه من ارتضائه التحمل بالالتزام ، دون وقوف عند الغرض المباشر الأول ، بل مع الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد ، إن كان الطرف الآخر يعلمه ، أو كان فى مقدوره أن يعلمه لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد وحرصه .

والسبب بهذا المعنى لا بد أن يكون موجوداً ، وإلا كان العقد باطلاً . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٦ بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، ... كان العقد باطلاً » . ومثال السبب غير الموجود ، التزام المشتري بدفع ثمن منزل تهدم من قبل ، والتزام شخص بدفع قرض اعتباراً بأن سيتسلمه ، إذا أثبت أنه لم يدفع له فى الحقيقة ، والتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص ، اعتباراً بأن مورثهم أوصى له به ، إذا ثبت أن الموصى قد رجع فى هذه الوصية ، أو أنها قد جاءت باطلة .

(١) انظر حكم Nancy الفرنسية ١٢ نوفمبر ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٥٨ .



ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتي نتيجة وقوع العاقد في غلط ، كما هي الحال في مثال الوارث الذي يتعهد لشخص بنفع مبلغ من المال ، اعتماداً منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به . وهذه هي الحالة التي يطلق عليها التقليديون : « الغلط في السبب » . وفي مثل هذه الحالة ، يقع التصرف باطلاً ، لا إعمالاً للغلط ، فذلك لا يؤدي إلا إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، وإنما تأسيساً على انتفاء ركن من أركان العقد ، وهو السبب .

وفي مجال وجود السبب ، تبرز أهمية الفرض المباشر الأول ، باعتباره الركيزة الأساسية الدائمة في تكوين السبب .

وإذا قلنا إن السبب لا بد أن يكون موجوداً وإلا وقع العقد باطلاً ، فإننا نعني بذلك بالضرورة أن يكون السبب موجوداً عند إبرام العقد ، وأنه إذا كان موجوداً آنذا ، فلا يتأثر العقد في ذات قيامه بزواله بعد ذلك . فإذا وهب شخص ماله لآخر ، مثلاً ، قاصداً إسداء الجميل له ، ومدفوعاً في ذلك بدافع نبيل ، وقامت الهبة بالتالي صحيحة لارتكازها ، عند إبرامها ، على سبب موجود وصحيح ومشروع ، فإنها لا تبطل بمجرد أن الواهب غير نيته بعد ذلك ، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده . فينظر ، كما تقول محكمة النقض <sup>(١)</sup> ، في توافر السبب أو عدم توافره إلى وقت انعقاد العقد .

(١) أنظر : نفس ٢٤ أكتوبر ١٩٦٢ طعن ٢٨/٢٠٢ مجموعة للنقض من ١٤ من ٩٦٧ رقم ١٣٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الخطية وإن كانت تمهيداً للزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد المتأخرين للآخر -- ومنها الشبهة -- إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه ... ومن ثم يكون الزواج بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج ... ويخرج عن نطاق الأحوال الشخصية . وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني » . وجاء في الحكم أيضاً أن « السبب ركن من أركان العقد ، فينظر في توافره وعدم توافره إلى وقت انعقاد العقد ، فإن انعقد صحيحاً بتوافر سببه ، فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات ( الشبهة ) ، وذلك باعتبارها الباعث اللامع للبرع ، فإن غيبتها لا يمكن أن يؤدي إلى انقضاء هذا السبب بعد أن تحقق » . وأنظر في نفس الاتجاه وبعض الألفاظ تقريباً : نفس ١٩٧٤/٥/٢٦ طعن ٣٩/٦٢ مجموعة للنقض من ٢٥ من ٩٤٨ رقم ١٥٦ .



وقد طبقت محكمة النقض هذا المبدأ على هدايا الخطبة من شبكة ونحوها قائلة باستمرار صحتها ، حتى لو قدر للخطبة أن تفسخ . وقد أسست المحكمة العليا قضاءها على أن الهدايا التي يقدمها الخطيب لمخطوبته إبان فترة الخطبة ، لكونها غير متعلقة بانقضاء الزواج أو بصحته . لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وإنما هي مجرد هبات عادية تخضع لأحكام القانون المدني ، وأنه إذا كان ذلك ، وتوافر عند تقديم هدايا الخطبة ، بما فيها الشبكة ، ركن السبب ، الذي يدخل في مضمونه اعتبارات الخطبة ، فإن الهبة بها لا تبطل بعد ذلك تأسيساً على زوال السبب نتيجة فسخ الخطبة<sup>(١)</sup> ، وإن أمكن بطبيعة الحال الرجوع فيها إذا كان للرجوع مسوغ وفقاً للقانون .

#### ٢٩٦ - مشروعية السبب :

رأينا ، فيما سبق ، ضرورة وجود السبب عند إبرام العقد ، وإلا وقع باطلا . ووجود السبب ، وإن كان لازماً لقيام العقد ، إلا أنه لا يكفي بذاته . فليس أى سبب يصلح دعامة للعقد . وإنما يلزم أن يتوافر فيه شرط جوهرى ، وهو أن يكون مشروعاً (المادة ١٣٦) . فلنأخذ رضاء المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد . والسبب يعتبر غير مشروع ، إذا جاء مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد سبق لنا أن عرضنا ، عند الكلام في محل الائترام ،

— ويلاحظ أنه إذا كانت هدايا الخطبة ومنها الشبكة لا تبطل ، باعتبارها هبات ، بفسخ الخطبة ، إلا أنه يمكن الرجوع فيها وفقاً لأحكام الرجوع في الهبة المنصوص عليها في المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدني . ومؤدى تلك الأحكام أن الرجوع لا يكون ، عند عدم قبول الموهوب له إياه ، إلا إذا رخص به القاضي ، وكان يستند إلى طغر مقبول ، ولم يوجد مانع من موافقه المنصوص عليها في المادة ٥٠٢ .

كما أنه يلاحظ أن المشروع انتهى تفسر نصاً (المادة ٦٧٠) يقضى برد هدايا الخطبة إذا قدر لها أن تفسخ . وقد جاء تقريراً لحكم هذا النص في المذكرة الإيضاحية للمشروع ، أنه يمكن تمليه بأن سبب الهبة قد زال بفسخ الخطبة . ولم تأخذ محكمة النقض بهذا التحليل ، كما سبق لنا أن بينا (يراجع حكم النقض الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٦٣ السابقة الإشارة إليه) . وهي في ذلك حل صواب لما يتيه هي وما ذكرناه نحن في المتن من أن المبرة في تقدير وجود السبب أو عدم وجوده هي بوقت انعقاد العقد . لا بعد ذلك . وقد حذف نص المادة ٦٧٠ من المشروع النهائي ، فلم يأت في القانون .

(١) راجع الهامش السابق .



للمقصود بهذين الاصطلاحين . ونجترى هنا بالإحالة على ماقلناه في هذا الصدد (١).

وفي مجال استلزامنا المشروعية في السبب ، تظهر أهمية الباعث الدافع للتعاقد ، باعتبارد عنصرأ يدخل في تكوينه . ففي أغلب الحالات التي يعتبر فيها السبب غير مشروع ، يرجع عدم مشروعيته إلى مخالفة الباعث المستحث الدافع للنظام العام أو لحسن الآداب .

والقضاء حافل بالأمثلة على بطلان العقود . لعدم مشروعية السبب . وقد سبق لنا أن سردنا الكثير منها عند عرض النظرية الحديثة . ونضيف إلى ماقلناه في هذا الصدد : التزام شخص بدفع مبلغ من النقود إلى آخر نظير ارتكابه جريمة أو عدم ارتكابها ، أو كحلوان لرد شخص مخطوف أو شيء مسروق ، والتزام شخص بدفع مبلغ من النقود لموظف على سبيل الرشوة .

#### ٢١٧ - إثبات السبب :

مؤدى القواعد العامة أن يقع عبء إثبات السبب ، في وجوده وفي مشروعيته ، على الدائن . فهو الذى يدعى وجود الدين . فعليه ، كأصل عام أن يثبت قيام مصلره ، وهو هنا العقد . وإثبات العقد يتضمن إقامة الدليل على توافر كل أركانه ، ومن بينها السبب .

ولكن القانون يجيء ، فيما يتعلق بإثبات السبب ، وجوداً ومشروعية ، في عون الدائن ، فهو يفترض وجود هذين الأمرين ، عندما يخلو العقد من ذكر السبب ؛ ويفترض حقيقة السبب المذكور في العقد ، إن تضمن له ذكرأ . ونعرض لكل من هاتين الحالتين بشيء من التفصيل :

(أ) فلذا لم يذكر في العقد سبب للالتزام ، كما إذا اقتصر القول فيه على أن المدين يتعهد بدفع مبلغ من النقود للدائن ، دون إيضاح لعلة هذا العهد ، افترض القانون أن للالتزام هنا سبباً ، وأن هذا السبب مشروع ،

---

(١) راجع ما سبق ، بقية ٢٠٢ .



إلى أن يثبت المدين عكس ذلك . وفي ذلك تقضي المادة ١٣٧ / ١ بأنه :  
 « ١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً :  
 ما لم يعم الدليل على عكس ذلك » . فعدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يطله ،  
 لأن القانون لا يشترط ذكره فيه . بل إنه عندما يخلو العقد من ذكر سبب  
 الالتزام ، تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع (١) .  
 وبهذا يرتفع عبء الإثبات عن الدائن . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز  
 للمدين دحضها : بإثبات أن الالتزام لا يقوم أصلاً على سبب ، أو أنه يقوم  
 على سبب غير مشروع . فله ، مثلاً ، أن يعم الدليل على أن التزامه يدفع  
 مبلغ القود لا يقوم أصلاً على سبب ، لأنه تعهد بدفعه اعتباراً بأن الدائن  
 سيقرضه إياه . وأن هذا الأمر لم يحصل ، أو أنه تعهد بدفعه اعتداداً بوصية  
 اعتقد صلورها من مورثه ، ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها . وله أيضاً  
 أن يعم الدليل على عدم مشروعية السبب . كما إذا أثبت أن المبلغ الذي  
 التزم بدفعه كان على سبيل الرشوة أو في مقابل ارتكاب جريمة . أو لحمل  
 امرأة على معاشرة غير شرعية أو لاستمرارها فيها .

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته (٢) بكافة  
 الأدلة ، بما فيها البينة والقرائن ، وذلك حتى لو زاد الدين على عشرين جنياً .  
 إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانوني ، فهو لا يقوم على إثبات  
 أمر وارد في محرد مكتوب ، ثم هو يقوم من ناحية أخرى ، على وقائع  
 مادية ، لا يتخذ الإثبات بشأنها .

(١) انظر : نقض ١٧/٤/١٩٦٩ ملعن ٣٥/٢٠٧ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٢٧  
 رقم ١٠٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن المادة ١٣٦ مدني « وإن كانت توجب أن يكون للالتزام  
 سبب مشروع ، إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب في العقد . بل إن المادة ١٣٧ تنص على أن  
 كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يعم الدليل على غير ذلك .  
 وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يؤدي إلى بطلانه » .  
 (٢) وإذا اعتقد المدين ، في سبيل إقامة الدليل على عدم مشروعية السبب ، إلى الباعث  
 الدافع ، باعتباره يدخل ضمنياً في تكوين السبب ، وجب عليه أن يثبت ، فضلاً عن عبء  
 مشروعية هذا الباعث ، اتصاله بالدائن ، بمعنى أن يكون هذا عالماً به أو كان في استطاعته  
 أن يعلم به .



(ب) وإذا ذكر في العقد سبب للالتزام ، افترض القانون أن هذا السبب هو الحقيقي ، حتى يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر ، مثلاً ، في العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغاً من النقود على سبيل القرض ، اعتبر التزامه برده ذلك المبلغ قائماً على هذا السبب حقيقة . حتى يقام الدليل على كذبه . وهكذا فالقرينة القانونية هنا بسيطة ، كذلك التي تقوم في الحالة الأولى . وإثبات عكس هذه القرينة يصل بنا إلى إقامة الدليل على صورية السبب المذكور في العقد . وهنا يتحتم على من يهجم الأمر ، دائماً كان أم مدنياً . أن يقيم الدليل على السبب الحقيقي وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته . على حسب الأحوال . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ٢ بأنه : « ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام شيئاً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » .

ويقع عبء إثبات صورية السبب على من يدعيها (١) . والأصل أن البيئة والقرائن لا تكفي لإثبات صورية السبب المذكور في العقد ، عندما يجيء هذا الذكر في محرر . وذلك حتى لو كان قيمة الدين عشرين جنياً أو أقل . إذ أن القاعدة هي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود (المادة ٦١ من قانون الإثبات) . ولكن إذا كانت صورية السبب تليسياً ، أى قصد بها التحايل لمخالفة نص آمر في القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب ، ساغ إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن (٢) . ومثال هذا النوع من الصورية أن يقرض شخص مائة

(١) انظر : نقض ١٩٦٧/١٢/٢٧ . مجموعة النقض من ١٣ ص ١٢١٤ رقم ١٩٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا ادعى المدين صورية السبب الوارد بالعقد ، كان عليه عبء إثباتها ، فإن أثبتها ، وقع عبء إثبات أن العقد شيئاً مشروعاً آخر على الدائن المتحسك به . وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ ملحق ٢٦٦/١٠١ مجموعة النقض من ٢١ حتى ٧١٤ رقم ١٠٦ . وانظر كذلك نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ ملحق ٢٢٦/٨٦ مجموعة النقض من ١٣ ص ١٢١٤ رقم ١٩١ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٩/٨ ملحق ٤١/٢٨١ مجموعة النقض من ٢٧ ملحق ١٢٩١ رقم ٢٤٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن المدين أن يثبت عدم مشروعية السبب بكافة طرق الإثبات .



جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحشة يبلغ سعرها ٢٠ ٪ ، ثم يذكر في العقد أنه تسلم على سبيل القرض مائة وعشرين جنيهاً .

#### ٢١٨ - التصرف المجرد :

تبين فيما سبق أن السبب ركن في العقد ، بل وفي التصرف القانوني بوجه عام . وهذه هي القاعدة في قانوننا المصري وفي القانون الفرنسي وفي غيره من التشريعات الأجنبية لأخرى ذات الترتبة اللاتينية . ويطلق على التصرف ، حيث يلزم فيه السبب ، عبارة « التصرف المسبب » .

ويختلف الأمر في القانون الألماني ، ومن قبله في القانون الروماني ، حيث إن الأصل فيهما أنه لا يلزم أن يستند الالتزام إلى سبب ، بمعنى أن العقد أو التصرف عموماً يقوم صحيحاً ، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أو لا ، وعما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع . ويطلق على التصرف هنا عبارة « التصرف المجرد *acte abstrait* » ، أى التصرف المجرد عن سببه .

وإذا كان قانوننا المصري لا يأخذ ، كقاعدة عامة ، بنظام التصرف المجرد ، إلا أنه يعمل في نطاق ضيق جد محدود ، وفي حالات نادرة مذكورة فيه على سبيل المحصر . ومن هذه الحالات التزام المتأهب بدفع الدين للمتأهب لديه<sup>(١)</sup> (المادة ٣٦١) . وقد أراد بعض الفقهاء أن يتوسعوا بعض الشيء في نظام التصرف المجرد في قانوننا ، فجعلوا التزام الكفيل من زمرته . ولا يوجد في رأينا أى سند قانوني لهذا النظر<sup>(٢)</sup> .

#### ٢١٩ - فكرة السبب في الفقه الإسلامي :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد . ومع ذلك فهو ليس غريباً عنهم . فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو التمسك في العقود والتصرفات . ونجد في

(١) راجع مؤلفنا . دروس أحكام الالتزام ، نيلة ٢٩٤ .

(٢) انظر مؤلفنا : التلخيصات الشخصية والبنية ، نيلة ٣٢ .



هذا الحال الشاطبي (المواقفات ٢ / ٣٢٣) يقول : « إن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات » . ويقول ابن القيم : « إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ... وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقد معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ... » .

وقد اتفق فقهاء المسلمين على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعاً ، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد ، أو أمكن الاستدلال عليه ضمناً من ظروف التعاقد : لاسيما من طبيعة محل العقد . أما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في العقد صراحة ، ولم يمكن الاستدلال عليه ضمناً من الظروف ، فإننا نجد فقهاء المسلمين يختلفون . ففريق منهم لا يعتد . في هذه الحالة ، بالقصد ، ويقولون بصحة العقد . حتى لو كان هذا القصد غير مشروع . وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية . ووفقاً لهذا الرأي ، لو أن رجلاً باع لآخر عصير عنب ، من غير أن يذكر في العقد ، لاصراحة ولا ضمناً ، أن المشتري يقصد من هذا العصير خمرأ ، فإن البيع يقع صحيحاً . وفريق آخر من الفقهاء يعتد بالقصد ، ويرتب على عدم مشروعيته بطلان العقد . حتى لو لم يذكر في العقد ، بشرط أن يكون معلوماً من المتعاقد الآخر أو كان في استطاعته أن يعلم به من ظروف التعاقد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية . وقد جاء في المغني لابن قدامة (٤ / ٢٨٣) : « وبيع العصير ممن يتخذ خمرأ باطل . وجملة ذلك أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمرأ حرام ... لقول الله تعالى : ( ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ) . وهذا النهي يقتضي التحريم ... » . ويستطرد ابن قدامة فيقول يبطلان إجارة الشخص أمة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ، كما يقول يبطلان بيع السلاح لقطاع الطرق أو لأهل الفتنة وبيع وإجارة الأمة للغناء ، وإجارة الدار لبيع الخمر .

ومن هذا العرض المبسط لأقوال بعض فقهاء المسلمين - وغيرها كثير - بين أن فقهاء المسلمين عرفوا السبب وتطلبوا مشروعيته ، وإلا وقع العقد



باطلا ، وإن لم يصلوا . كدأبهم إلى مرحلة التأصيل والتركيز إلى الحد الذي يجعل من السبب ركناً لازماً لقيام العقد ، على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر . بل إن فقهاء المسلمين نظروا إلى فكرة السبب نظرة تتسع بالسعة والشمول ، إلى حد أنهم اعتلوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة في السبب ، وعلى نحو ما قال به الكنسيون في القرون الوسطى . ولاغرو في ذلك فقهاء المسلمين يستمدون أفكارهم من تعاليم الإسلام التي تقوم على الفضيلة في أعلى مراتبها وعلى الأخلاق الحميدة في أدنى درجاتها (١) .

---

(١) انظر في فكرة السبب في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٥١ وما بعدها - صبحي عصفاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها - شكري قرداسي ، القانون والأخلاق ج ٢ ص ٢٨٥ .



## الفصل الرابع

### بطلان العقد

٢٢٠ - رأينا ، فيما سبق ، أن للعقود ، بوجه عام ، ثلاثة أركان ، هي الرضاء والمحل والسبب . وإلى جانبها ، يوجد في نوع خاص واستثنائي ينتظم العقود الشكلية ، ركن رابع ، وهو الشكل . ورأينا أيضاً أن الركن الأصيل في العقد ، ونعني به الرضاء ، لا يكفي فيه مجرد قيامه ، بل يلزم أن تتوافر فيه صحته ، التي تتطلب بدورها أن يصدر الرضاء من شخص توافرت فيه الأهلية ، وأن يكون غير مشوب بعيب من العيوب التي تفسده ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونريد أن نبين هنا الجزء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد . بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضاء . وهذا الجزء هو البطلان .

والبطلان *nullité* نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد ، أو التصرف القانوني بوجه عام ، غير قائم وأنه لم يقم أبداً ، وذلك بسبب اختلال تكوينه . فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم ، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالاً أدى إلى انهياره . وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف . وهو يؤدي إلى إعدامه بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه . فالعقد الباطل يعتبر أنه لم يقم أبداً . فهو قد ولد ميتاً ، أو هو بالأحرى لم يولد أصلاً .

### ٢٢١ - العقد الباطل والعقد المنعوم :

جرى بعض الفقهاء التقليديين على القول بوجود التفرقة بين العقد الباطل *nul* والعقد المنعوم *inexistant* . فالعقد الباطل ، في رأيهم ، هو ذلك الذي تتوافر فيه أركانه ، ولكن أحد هذه الأركان يقع تحتلخل شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقيامه ، كما إذا كان المحل أو السبب



غير مشروع . فهنا يكون للعقد وجود مادي ، ولكنه يبطل لاعتبار قانوني .. أما العقد المتعدم ، فهو ذلك الذي لا يستحوذ على ذات أركانه ، بمعنى أن أحد هذه الأركان لا يوجد أصلاً . كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعلها توقع عقداً ، وانتهى بذلك الرضاء أصلاً ، فهنا العقد لا يقوم ، دون أن يكون له حتى مظهر الوجود . فهو متعدم ، ليس من الناحية القانونية فحسب ، بل من الناحية المادية كذلك .

ويسير جمهور الفقهاء على عدم جلوى التفرقة بين العقد الباطل والعقد المتعدم . وأساس هذا الرأي أن العقد الباطل ، كالعقد المتعدم تماماً ، لا ينتج أى أثر . فكلاهما عدم . والعدم واحد ، لا تفاوت فيه <sup>(١)</sup> . والقضاء بلوره . يسير على هذا الرأي <sup>(٢)</sup> .

#### ٢٢٢ — التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ :

كثيراً ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم نفاذه ، أو عدم سريانه ، في حق شخص من الأشخاص ، والأمران مختلفان تماماً . فالبطلان يمس العقد في ذات وجوده ، ويحيله عدماً . أما عدم النفاذ أو عدم السريان *inopposabilité* فمعناه أن العقد لا ينتج أثراً ما في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، حتى لو كان هو في ذاته صحيحاً ، وبمعنى أدق بالرغم من أنه صحيح . فقد يكون العقد صحيحاً في ذاته ، وينتج بالتالي آثاره بين عاقيه ، ولكنه لا يسرى في حق الغير ، أى أنه لا ينفذ في مواجهتهم . بل إن هذا الحكم هو الذي تميله القواعد العامة في نسبية آثار العقود ، ومؤداها أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقيها وخلفائهما (المادة ١٤٥ مدني) . فإذا أجر شخص ، مثلاً ، داراً ملكها غيره ، فالإيجار ، برغم وقوعه على ملك الغير ، صحيح ، في العلاقة بين عاقيه ، وهو ينتج بالتالي آثاره بينهما ، ولكنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ، ما لم يقره ، بمعنى أنه ، إن لم يقره ، اعتبر بالنسبة إليه ، كان لم يوجد أصلاً <sup>(٣)</sup> .

(١) راجع : البهري ، المرجع السابق نبذة ٣٠٠ .

(٢) أنظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ من ١٤٩ رقم ١١٥ .

(٣) راجع مؤلفنا عقد الإيجار ١ نبذة ٤٩ و ٦٠ .



وإذا أبرم النائب ، باسم الأصيل ، عقد تجاوز به حدود نيابته ، فإن هذا العقد يقع غير نافذ في حق الأصيل ، ما لم يقره ، لاعتباره معقوداً من غير ذى صفة (١) ، وذلك بغض النظر عن حكم العقد في ذاته من الصحة أو البطلان بين الطرفين اللذين أبرماه .

#### ٢٢٣ - الفقرة بين البطلان والفسخ :

ويجب في النهاية عدم الخلط بين البطلان والفسخ . صحيح أن هذين النظامين يقتربان في أثرهما ، حيث إنه يترتب على كل منهما ، كقاعدة عامة ، زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه . ولكنهما مع ذلك يختلفان اختلافاً جلياً .

فالبطلان جزء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه ، ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه ، تبعاً لانهيار ركن من أركانه ، فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلاً .

أما الفسخ ، فهو جزء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته . وهو بهذه المثابة ، يفترض أن العقد قد قام صحيحاً ، حتى أهكته أن يولد الالتزامات على طرفيه ، تلك الالتزامات التي لم ينفذ بعضها . فإن لم ينفذ أحد الطرفين ما يفرضه عليه العقد من التزامات ، كان لامتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا ما أُجيب إلى طلبه ، انحل العقد واعتبر نتيجة انحلاله هذا ، أنه لم يوجد أصلاً .

#### ٢٢٤ - أنواع البطلان :

إذا ما نظرنا إلى البطلان ، بالنسبة إلى ذات ماهيته ، أي من حيث هو ، وجدناه واحداً لا يتنوع . فمؤداه لي كما بينا ، انعدام العقد . والعدم في ذاته لا يتغير . ولكننا إذا نظرنا إلى البطلان ، من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد ، وجدناه يتشكل نوعين . فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته ، فهو يجعل العقد يولد ميتاً ، أو بالأحرى هو يحول أصلاً دون ميلاده . وهناك بطلان لا يلحق العقد إلا بعد فترة من الزمن ، طال أم قصرت . وهو إن

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٣ .



لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل الحتم ، وإنما لإعمال رخصة يجيزها القانون. لأحد المتعاقدين ، إن أراد الإفادة منها . وقد جرى الفقه التقليدى ، فى القانون المعاصر ، على أن ينعت النوع الأول من البطلان بعبارة « البطلان المطلق » . والنوع الثانى بعبارة « البطلان النسبى » ، اعتباراً بأن النوع الأول مقرر لكل. ذى مصلحة وأنه يلحق العقد حتماً ، وأن الثانى مقرر لمصالح التعاقد الذى حدده. القانون دون غيره ، وأنه لا يلحق العقد إلا إذا تمسك به من قرره القانون لمصلحته . والحقيقة أن تلك التسمية معيبة ، بالنسبة إلى نوعى البطلان على حد سواء . فعبارة « البطلان المطلق » تفيد أن هناك تفاوتاً فى درجات البطلان . فى حين أن البطلان ، كما قلنا ، عدم ، والعدم ليس له فى ذاته درجات يتفاوت. بينها . ثم إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، كما سيجىء تفصيلاً بعد قليل . كل ما هنالك هو أنه عقد مريض ، لأنه يتطوى. على جرثومة فساد تصلح سبباً لإبطاله ، وقد يكون من شأن هذه الجرثومة أن تفتك به ، فتميته أى تبطله ، وقد لا تمسه بأذى ، فتزول هى ، ويتدعم العقد بتطهيره منها . فليس دقيقاً أن يقال هنا إن العقد باطل ، ما لم يكن قد تقرر إبطاله بالفعل . أما قبل ذلك فهو عقد قائم ، وإن كان البطلان يتهده . فهو عقد قائم حتى الآن ، ولكنه صالح أو قابل لأن يبطل فيما بعد ، وإلى أجل. معلوم . من أجل ذلك ، أغفل القانون المبنى المصرى تسمية نوعى البطلان بالبطلان المطلق والبطلان النسبى ، مضافاً على النوع الأول اسم « البطلان » . بلا نعت ولا تخصيص ، وعلى الثانى « القابلية للإبطال » . وهذه التسمية. بشرطها تصل إلى أبعد مراتب التوفيق .

ونتناول هذين النوعين من البطلان . فتكلم أولاً فى العقد القابل للإبطال ، ثم فى العقد الباطل . ، وذلك فى مبحثين متالين . ثم نتكلم ، فى مبحث ثالث ، فى أثر البطلان سواء ألحق العقد من الأصل أم جاء نتيجة الحكم بإطالة .. ونعقب فى مبحث رابع وأخير بدراسة نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى .



## المبحث الأول

### العقد القابل للإبطال

٢٢٥ - العقد القابل للإبطال ، أو العقد الباطل بطلانا نسبياً ، كما يطلق عليه في الاصطلاح التقليدي - الذى لازال سائداً في القانون الفرنسى إلى اليوم ، كما كان يسود أيضاً تحت ظل القانون المصرى القديم - هو عقد يولد ويقوم ، لتوافر كل أركانه ، ولكنه يتطوى على سبب يحمل جرثومة فساد تصلح لإعدامه . فإن أعمل فيه هذا السبب ، أجهز عليه ولحقه بالتالى البطلان ، وإلا بقى منتجاً لآثاره ، إلى أن يجيء وقت يتطهر فيه من جرثومة الفساد التى كان يتطوى عليها ، وعندئذ يزول خطر البطلان الذى يهدده ، أى أنه يصير عقداً تام الصحة .

### ٢٢٦ - حالات القابلية للإبطال :

القابلية للإبطال ، كأصل عام ، هى جزاء لعدم صحة الرضاء ، وهو الركن الأصيل في العقد . فوجود الرضاء شرط لذات قيام العقد ، فإن تخلف لم يقم العقد أصلاً ، وبعبارة أخرى ، وقع العقد باطلاً . ولكن إذا وجد الرضاء ، ولكنه جاء غير صحيح أو غير سليم أو فاسد ، كما يقال في بعض الأحيان ، فإن ذلك لا يمنع من قيام العقد . كل ما هنالك أنه يقوم منطقياً على جرثومة الفساد التى تهدده بالإبطال . فهو يقوم ، بعبارة أخرى ، قابلاً للإبطال . وهكذا فالبطلان جزاء لاتعدام الرضاء بالكلية . في حين أن القابلية للإبطال جزاء لمجرد عدم صحة الرضاء بعد وجوده .

وإذا كانت القابلية للإبطال هى جزاء عدم صحة الرضاء ، وتبين أن عدم صحة الرضاء يرجع إما لنقص الأهلية ، وإما لعبب يشوب الرضاء ، وضع لنا أن العقد يقع أساساً قابلاً للإبطال في الحالتين الآتيتين :

( الأولى ) صدور الرضاء ممن يقرر القانون نقص الأهلية عنده ، بالنسبة إلى التصرف الذى أجراه . ومثال هذه الحالة أن يبيع صبي ميمز بيته أو أرضه ،



من غير أن يؤذن في ذلك من وليه أو وصيه . أما إذا باع الصبي غير المميز ماله . فإن التصرف يقع باطلا ، لاعتبار الرضاء به غير موجود أصلا ، وذلك حتى إذا أذنه وليه أو وصيه .

( الثانية ) إذا شاب رضاء المتعاقد عيب يفسده . وعيوب الرضاء ، كما بيناه في حينه ، هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وإلى جانب هاتين الحالتين الأساسيتين ، يقع العقد أيضاً قابلاً للإبطال في كل حالة أخرى ينص فيها القانون على اتسامه بهذا الوصف ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة ألا تضمنيه عليه <sup>(١)</sup> . ولكن القابلية للإبطال هنا تكون خاصة أنشأها النص <sup>(٢)</sup> ، ولا تعتبر من مقتضيات القواعد القانونية العامة .

#### ٢٢٧ — حكم العقد القابل للإبطال :

العقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه . وبالتالي فهو ينعقد . بل هو ينعقد منتجاً لكل آثاره . كل ما في الأمر أن خلاا يصيب هنا أحد أركان العقد ، وهو ركن الرضاء . وهذا الخلل لبس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته وبمجردده إلى انهيار العقد ، ولكنه يعطى المتعاقد ، الذي أصبح من وجوده ، الرخصة في إهدار العقد . وهكذا فالعقد هنا يولد ، ولكنه

---

(١) وقد تضمنت المادة ١٩٥ من المشروع التمهيدى تمثلا لهذه الحالات . فقد جاءت تقول : « يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية : (١) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية . (ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للإبطال » . وقد حذفت هذه المادة ، اعتباراً بأن جمعها وارد في النصوص التي تضمنها القانون . انظر مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ من ٢٣٥ في المامش .

(٢) ومن الحالات الخاصة التي ينص فيها القانون المفعول وقروح العقد قابلاً للإبطال بيع حقت النير ( المادة ١/٤٦٦ ) ، والبيع بغير علم المشتري بالمبيع علماً كافياً ( المادة ٤١٩ ) ، حيث يقع العقد في الحالتين قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . ومن الحالات التي نحن بصدها أيضاً قسمة المال الطامع إذا تمت بالتراضي ولحق أحد المتقاسمين فيها غبن يزيد على الخمس ( المادة ٨٤٥ ) .



يكون قابلاً للإبطال (١).

وقابلية العقد للإبطال لا تلحق العقد دوماً . فهي فترة مؤقتة تلازمه من نشوئه إلى وقت معين ، يطول أو يقصر ، ولكنه ينتهى بالضرورة يوماً . وهذه الفترة تنقضى بأن يأخذ العقد مصيراً من إثنين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار ويطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد التي ينطوى عليها ، فيصبح صحيحاً نهائياً . وهكذا يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين متعاقبتين : مرحلة القابلية للإبطال ، ومرحلة تحدد المصير النهائي (٢) .

ونتناول كلا من هاتين المرحلتين فيما يلي :

#### ٢٢٨ - (أ) مرحلة القابلية للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال هي المرحلة الأولى التي تتلو إبرام العقد . وفي هذه المرحلة ، يكون العقد قائماً ، وينتج بالتالى كل آثاره ، شأنه في هذا شأن أى عقد تام الصحة (٣) . كل ما هنالك من خلاف بين العقد القابل للإبطال

---

(١) و(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن القابلية للإبطال التي أطلقت عليها الإصطلاح التقليدي (البطلان النسبي) ما يأتي : « أما البطلان النسبي ، فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه . ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء ، فيفسد بسبب عيب بداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين . ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان ، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاه العيب ، أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجبل أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج العقد فيها جميع آثاره . والثانية مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث : الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان : الصحة والبطلان ( الأعمال التصديرية للقانون المدني ج ٢ ص ٢٥٥ ) » .

ويلاحظ على هذه العبارة من المذكرة الإيضاحية عدم الدقة في قولها إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة والبطلان . والسليم هو أن يقال ، كما مرنا عليه نحن في المتن ، إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة وتحديد مصير العقد من استمرار الصحة أو وقوع البطلان . لأن العقد القابل للإبطال لا يصير حقاً إلى البطلان ، فهو قد يتخلص من جرثومة الفساد التي تترتب عليه ، فيطهر من العيب الذي يشوبه ، وتستمر صحته مبرأة مما كان يمتريها من تهديد بالزوال .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ ، ملحق رقم ١٩٧٤/٤٨ تجاري . وقد جاء في هذا الحكم أن العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيعترف له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة الآثار القانونية التي تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية .



والعقد تام الصحة هو أن الأول يتضمن خطأ يصلح سبباً لإبطاله ، ويهدده به بالفعل ، في حين أن الثاني يرى من كل عيب . فإذا باع ناقص الأهلية ، مثلاً ، ماله ، فإن البيع ، طالما أنه لم يطل ، يعتبر صحيحاً ومتبجاً لكل الآثار التي من شأنه أن ينتجها عادة . فالبايع ملتزم بالتسليم ونقل الملكية وبالضمان ، وعليه أن يفي بهذه الالتزامات جميعاً للمشتري ، ما لم يتمسك بإبطال العقد . والمشتري ملتزم بدفع الثمن . وإذا باع شخص ملك الغير ، ووقع البيع بالتالي قابلاً للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦ ، وبخلاف القواعد العامة ، كان للبايع أن يطلب المشتري بدفع الثمن ، ما لم يتمسك هذا الأخير بإبطال العقد ، حيث إن الإبطال مقدر لمصلحته . أما مشتري ملك الغير ، فله أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته الناتجة من البيع ، ويعتبر ذلك منه إجازة ضمنية لعقد البيع ، يصبح بها صحيحاً نهائياً في العلاقة بين طرفيه <sup>(١)</sup> . وإذا ورد البيع على ع qar ، كان صالحاً للتسجيل .

#### ٢٢٩ - (ب) تحدد مصير العقد القابل للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال التي يمر بها العقد المتسم بها مؤقتة . فلا بد أن تنتهى يوماً . فيتحدد بانتهائها المصير النهائي للعقد . والعقد هنا يسير في أحد طريقين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار أى يطل . وإما أن يظهر من جرثومة الفساد ، وبالتالي تزول عنه القابلية للإبطال ، فيصير صحيحاً نهائياً . وتتناول كلا من هذين المصيرين بالتفصيل .

#### ٢٣٠ - أولاً : إبطال العقد :

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلا من تلقاء نفسه . فهو يأخذ هذا المصير بحكم القاضي . والقاضي لا يقضى بإبطال العقد ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فلا يجوز له أن يقضى به بناء

---

(١) انظر : نقض ١٤/٣/١٩٦٢ ، طن ٢٤٣/٢٨٠٠ مجموعة النقض ص ١٤ من ٢٩٨ رقم ٤٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، وأنه ليس لغيره أن يتمسك بالإبطال ، فإن لم يفعل بقي العقد قائماً ، ويكون له أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد ذلك منه إجازة للعقد .



على طلب شخص آخر غير ذلك الذى شرع الإبطال لمصلحته ، حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر <sup>(١)</sup> . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٨ مدنى بأنه : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » .

فالقانون ، حينما يقرر أن عقداً ما قابل للإبطال ، يفعل ذلك : حماية

(١) وإذا رفعت دعوى بإبطال العقد تأسيساً على سبب معين ، وقضى برفضها ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان جديدة ، تأسيساً على سبب آخر مختلف . ذلك لأن القضاء يرفض دعوى الإبطال أو البطلان المؤسّسة على سبب بعينه لا يتضمن القضاء بصحة العقد دائماً . ويختلف الوضع تماماً لو رفعت الدعوى بصحة العقد تمهيداً لإنفاذ مقتضاه ، كما هو الشأن ، مثلاً ، فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع المقار التى ترفع من المشتري تمهيداً لإجراء تسجيل الحكم الصادر فيها . فى مثل هذه الحالة الأخيرة ، لو قضى بصحة العقد ، فإنه يتمتع بعد ذلك رفع دعوى جديدة بإبطاله أو بطلانه ، تأسيساً على أى سبب كان يمكن إيداعه فى الدعوى التى قضى فيها بصحة العقد ، إذا تملك الطرف الآخر بقوة الأمر المقضى . ذلك لأن القضاء بأن العقد صحيح يتضمن فى ذاته رفض أى سبب من أسباب الإبطال أو البطلان كان يمكن لأى من طرفيه إيداعه خلال قيامها . انظر فى هذا الاتجاه : تقضى ١٩٦٦/٤/٢١ طعن ٣٢٢/٢٨١ بمجموعة التقضى س ١٧ ص ٨٩٩ رقم ١٢٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع المتاعدة نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم الصادر فيها قام تسجيله مقام تسجيل العقد ذاته . « وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانقاده وصحته ، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان ، إذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده ، فرفضه أو قبوله . وهى حين تنتهى إلى رفضه ، ينتصر قضاؤها على هذا الرفض ، ولا يتضمن ذلك إلى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة يطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . أما فى دعوى صحة ونفاذ العقد ، فالأمر مختلف . إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد ، بل أنها تتجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ، ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحققت لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ . وإذا كانت هذه الدعوى ، كما سبق القول ، تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصرف ، فإنه إذا فات الخصم إيداع سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إيداعه فى تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة يبطلان العقد استناداً إلى هذا السبب » .



لمصلحة خاصة ، هي مصلحة العاقد الذى حصل الخلل فى العقد إضراراً به ، فلا يكون لغیر هذا العاقد أن يتمسك بالإبطال . بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والعاقد الذى يقرر الإبطال لمصلحه ، ويكون له بالتالى حق التمسك به ، هو ذاك الذى يجبر رضاً به بالعقد فاسداً ، نتيجة لنقص أهليته (١) ، أو لعب شاب رضاه .

وإذا كان للعاقد الذى يقرر الإبطال لمصلحه أن يتمسك وحده به ، دون العاقد الآخر . ومن غير أن يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، فإنه يجوز له أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، مالم يفسر سكوته على أنه يتضمن التزول عن حق الإبطال . وبعبارة أخرى ، على أنه ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ولكن لا يجوز التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة النقض .

وحق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقدين ينتقل بعد موته إلى ورثته ، باعتبارهم خلفاً عاماً له . كما أن لدائنيه أن يباشروه باسمه ونياية عنه ، إعمالاً للدعوى غير المباشرة . ذلك لأن حق طلب إبطال العقد ، اعتباراً بإذنه يستهدف الخلاص من عقد سبق لإيرامه ، يتمثل حقاً مالياً ، من غير أن يكون متعلقاً بشخص صاحبه خاصة (٢) .

---

(١) ولتنقص الأهلية أن يباشر طلب الإبطال حال نقص أهليته بواسطة من يمثل قانوناً من ولى أو وصى أو قيم . فإن زال النقص فى أهليته ، كما إذا كان قاصراً وبلغ رشده ، أو سفياً أو ذا غفلة ورفح الحجر عنه ، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذات نفسه . وفى جميع الأحوال ينتقل حق طلب الإبطال من ناقص الأهلية بعد موته إلى ورثته ، وذلك مع عدم الإخلال بما يقضى به القانون من تصحيح العقد وزوال رخصة إبطاله بمضى الزمن ، على نحو ما تقضى به المادة ١٤٠ . انظر فى ذلك : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ طين ٢٤٤/٤٢ ، مجموعة النقض س ٩ ص ١٦٦ رقم ١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « لتناصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثل قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ... » وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محققاً متعلقاً بشخص القاصر ، بحيث يجتمع على الخلف العام مباشرته . (٢) انظر فى خصوص انتقال حق طلب الإبطال لخلف العام : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ السابقة الإشارة إليه .



والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضي ممن تقرر لمصلحته ، وتوافر له سببه ، وجب على القاضي أن يقضى به ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه .

فليس للقاضي ، كأصل عام ، سلطة تقديرية في إجابة المتعاقد إلى طلب الإبطال الذي يتحقق له سببه ، أو في منعه عنه . ويستثنى من هذا الأصل الحالات التي يقضى فيها القانون بخلافه . ومنها على الأخص ، العقد المشاب بالاستغلال ، حيث يكون إبطاله أمراً جوازياً للقاضي ( المادة ١٢٩ / ١ ) ، وفقاً لما سبق لنا بيانه في حينه <sup>(١)</sup> .

### ٢٣١ - ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال :

المصير الثاني للعقد القابل للإبطال هو تصحيحه . فالعقد القابل للإبطال لا يصير حتماً إل زوال . فهو ، كما قلنا ، عقد قائم ، كل ما في الأمر أنه يحمل بين طياته جرثومة فساد قد تؤدي إلى انحلاله . وهذه الجرثومة قد تفتك به ، فتبطله ، وقد تزول هي ، فيتطهر هو منها ، ويصير بذلك صحيحاً نهائياً ، بمعنى أنه يتخلص من خطر الإبطال الذي كان يهدده .

ويتصحح العقد القابل للإبطال بأحد أمرين : الإجازة والتقدم . وتتناول كلا من هذين الأمرين بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

### ٢٣٢ - الإجازة :

الإجازة confirmation هي التزول عن حق طلب الإبطال ممن يقرر لمصلحته . وهي لذلك تصحح العقد القابل للإبطال . فقد سبق لنا أن رأينا أن هذا العقد لا يبطل ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فإذا جاء هذا المتعاقد ونزل عن حقه في طلب الإبطال ، صار العقد صحيحاً نهائياً . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٩ بأنه : ١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . ٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير . . .

---

(١) راجع ما سبق ، نيف ١٨٩ .



والإجازة<sup>(١)</sup> تصرف قانوني يصدر من جانب واحد ، هو المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لصالحه<sup>(٢)</sup> . فهو بذلك تقع صحيحة ، دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر<sup>(٣)</sup> .

ويترتب على اعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً وجوب أن نجىء صحيحة في ذاتها . ويلزم على الأخص ألا يشوبها العيب الذى كان يعترى العقد ، وإلا وقعت قابلة للإبطال بدورها . فإذا وقع العقد قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو لعب يشوب الرضاء ، ماسخ أن تصدر الإجازة من المتعاقد نفسه إلا بعد أن يكون قد بلغ رشده ، أو تحرر من العيب الذى كان يشوب رضاه

(١) ويجب التحرز في القانون المعاصر من الوقوع في الخلط الشائع بين الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر ، كما بينا ، من أحد طرفي العقد القابل للإبطال ، وهو ذلك الذى يتقرر الإبطال لصالحه ، وتتطوى على النزول عن حق الإبطال ، الأمر الذى يؤدي إلى تصحيح العقد ، عن طريق زوال الإبطال الذى كان يهدده . أما الإقرار *ratification* ، فهو تصرف يصدر من أجنبى من العقد ، وبمقتضاه يرتضى ذلك الأجنبى إعمال هذا العقد في حق نفسه ، الأمر الذى يؤدي به إلى نفاذه في مواجهته . ومثال ذلك أن يبيع شخص ملك غيره ، فالحق هنا لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقى ، حيث إنه لم يكن طرفاً فيه . فان جاء هذا المالك وأقر البيع ، اعتبر أنه هو الذى أجراه مكان البائع ، ويصير بذلك طرفاً فيه من وقت نشأته ، وليس من وقت صدور الإقرار فحسب . أما في لغة فقهاء المسلمين ، فاصطلاح « الإجازة » يستعمل للدلالة على ما يقصد في لغة القانون المعاصر من اصطلاحى الإجازة والإقرار في آن معا .

(٢) ويصح بطبيعة الحال ، وإعمالاً للقواعد العامة ، أن نجىء الإجازة من نائب المتعاقد الذى تقرر الإبطال لصالحه . فنجوز ، مثلاً ، أن تأتى الإجازة من ولي القاصر أو من وصيه ، بشرط مراعاة ما يقضى به القانون بصحتها .

(٣) انظر تمييز الكرويت ١٩٧٦/٣/٢١ طعن رقم ٧٤/٤٨ تجارى ( وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم ) . وقد جاء في الحكم : « العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم بإبطاله ، كشأن العقد الصحيح . فيتوفر له في هذه المرحلة ، وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة التصرفات القانونية ( الصحيح أن الذى ينتجته العقد هو الآثار القانونية ) التى ترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية -- وإذا ما لحقت الإجازة ذلك العقد ، طهرته من شائبة الإبطال المائلة به ، وانقلب بذاته إلى عقد صحيح على وجه بات . ولا وجه لقول بضرورة إنشاء عقد جديد في هذه الصورة ، بما يتطلبه من إيجاب وقبول جديدين فيما بين الطرفين . ذلك أن الإجازة عمل قانوني من جانب واحد ، هو المميز ، ولها أثر رجعي في العلاقة بين الملتزمين ، فبرته أثرها بمسمة العقد المجاز إلى وقت نشوئه . ويلاحظ أن فكرة الأثر الرجعي للإجازة التى يقرها الحكم غير ذات موضوع ، وسوف نعرض لهذا الموضوع بعد قليل في المتن .



(راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) .

والإجازة قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية . والإجازة الصريحة هي تلك التي تتضمن التصريح بالتزول عن حق طلب الإبطال ، دون ما ضرورة لحيء هذا التصريح في عبارة أو في أخرى .

أما الإجازة الضمنية ، فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال ، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً في إفادته التزول عن حق التمسك بالإبطال . إذ أن التزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه . ومثال الإجازة الضمنية ، أن يلجأ المتعاقد الذي قرر القانون الإبطال لمصلحته إلى تنفيذ العقد أو إلى مطالبة التعاقد الآخر بتنفيذه من جانبه <sup>(١)</sup> ، وذلك مع علمه بالفساد الذي كان يعتريه ، وأن يلجأ المشتري ، بعد أن يتبين فساد البيع الذي أبرمه ، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أي تصرف آخر فيه ، قانونياً كان هذا التصرف أم مادياً <sup>(٢)</sup> . وقد قضى بأن الدفع من رجل بصورة بيع أبرمه لزوجته ، اعتباراً بأنه في حقيقته وصية ، يتمثل إجازة ضمنية لهذا العقد ، تمنعه من التمسك فيما بعد بإبطاله على أساس الاستغلال <sup>(٣)</sup> . كما قضى بأن توقيع القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، كشاهد على عقود بيع أجراها المتقاسمون معه على أنصبتهم التي آلت إليهم بمقتضى القسمة التي أبرمها معهم في حالة قصره ، يعتبر منه إجازة ضمنية لتلك القسمة <sup>(٤)</sup> . وعلى النقيض مما سبق ، قضى بأن الدفع بالتزوير لا يمنع

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/٣/١٤ ، مجموعة النقض ص ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ السابقة للإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن المشتري في بيع ملك الغير ( وهو عقد قابل للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٩٦ ) أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ؛ فإن قيل ، اعتبر ذلك منه إجازة للعقد .

(٢) ومثال التصرف المادي البناء في الأرض المشتراة .

(٣) أنظر نقض مسلف ٧٦/١٢/٢١ مجموعة النقض ص ٢٧ ص ١٨٠١ رقم ٣٣١ .

(٤) نقض ١٩٦٢/٥/٣ طعن ٢٦/٤٤٩ في مجموعة النقض ص ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن « إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية . ومن ثم فلا تبريل على —



من التمسك بطلب إبطال العقد تأسيساً على نقص الأهلية ، اعتباراً بأنه لا يتمثل إجازة ضمنية<sup>(١)</sup> .

واستخلاص حصول إجازة العقد من علمه مسألة تدخل في رحاب الواقع ، ولقاضي الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سافرة من شأنها أن تحمله<sup>(٢)</sup> .

ويتربط على الإجازة ، صريحة كانت أم ضمنية ، تطهير العقد من العيب الذي كان يترتبه ، وزوال الإبطال الذي كان من قبل يهدده بسببه<sup>(٣)</sup> .

---

= محكمة الموضوع إذا استخلصت من حدود سلطتها الموضوعية استخلاصاً سائفاً من وقائع الدعوى . ومستنداتها - إجازة الطاعة لمقد القسمة إجازة ضمنية بمد بلوغها من الرشد من توقيها كشاهدة - حل عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور ، وبالتالي لا تعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلاً موضوعياً لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض » .

(١) نفق ١٩٦٢/٢/١٥ طعن ٢٦٩/٢٤٨ مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٦٨ رقم ٤١ .. وقد جاء في هذا الحكم أنه « ليس في القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعب في أهلية المتصرف بمد الإخفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف ، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف ، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذي أهلية يوجه إلى ذات التصرف بإنكار أهلية المتصرف في إجراء التصرف . فإذا ما ثبت المحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف . فإن ذلك لا يقتضي بطريق الزوم أن يكون هذا المتصرف أهلاً لإصدار التصرف . كما أن الطعن بتزوير العقد لا يتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بمد ذلك في التصرف لعب في هذه الأهلية » .

(٢) انظر : نفق ١٩٦٢/٥/٣ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ٩٥٥ رقم ٨٩ السابقة - الإشارة إليه .

(٣) ونحى عن البيان أن إجازة العقد القابل للإبطال ، وإن كان من شأنها أن تدمم صحته ، بإزالة الحق في طلب إبطاله ، إلا أنها لا ترفع عن أصل العيب الذي انتابه عدم مشروعيته إن كان مصفاً لها ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإكراه والتدليس ، ولا تحول بالتالي دون إمكان الرجوع على أساس المسؤولية التصرفية ، إذا توافرت مقوماتها ، وذلك ما لم يتضح فيه من قصد العقد الذي صدرت منه الإجازة .



يبد أنها لا تحدث هذا الأثر ، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصبت عليه ،  
والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فإن قام العقد على أكثر من عيب ،  
وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره ، تصحح العقد منه .  
ولكنه يبقى مشوباً بالصوب الأخرى ، وقابلاً للإبطال بسببها . ومثال هذه  
الحالة أن يشتري قاصر ساعة على أنها من الذهب الخالص ، حالة كونها من  
التحاس ؛ فهنا يقع العقد قابلاً للإبطال لسببين ، هما نقص الأهلية والغلط .  
فإن جاء المشتري ، بعد بلوغه رشده ، وأجاز العقد ، حالة كونه لازال  
واقفاً فى الغلط ، فإن العقد يتحرر من العيب الذى كان يشوبه نتيجة نقص  
الأهلية ، دون ذلك الذى يشوبه بسبب الغلط ، لأنه لا يمكن هنا القول بأن  
الإجازة انصبت على هذا العيب الآخر .

وإذا كان من شأن الإجازة أن تصحح العقد القابل للإبطال ، نتيجة  
تطهيره من العيب الذى كان يتضمنه ، فكثيراً ما يقال إنها تفعل ذلك بأثر  
رجعى ، يستند إلى تاريخ إبرام العقد ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير . بل إن  
قانوننا المصرى ( المادة ١٣٩ / ٢ ) قد قنن بالفعل هذه الفكرة . وهى من بعد  
فكرة عقيمة وغير ذات موضوع أصلاً . لأن العقد القابل للإبطال قبل  
إجازته صحيح ومتبع لآثاره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى أن ترتد الإجازة  
إلى ماضيه لتصحيحه ، فى وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً (١) .

(١) ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد ،  
« دون إخلال بحقوق الغير » ، هو قول مجرد عن المنى . فليس من المتصور ، لو أننا تمسكنا  
مع مطلق القانون ، أن يخل الأثر الرجعى للإجازة فى ذاته بحقوق الغير . وقد لجأ بعض الفقهاء  
فى فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها هذا الإخلال . وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه  
إذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية ل بكر أو  
زوها له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر الذى تحصل له الملكية  
دون زيد ، أو تنتقل الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر ( انظر فى هذا المنى :  
السجورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٣١٨ . وانظر أيضاً رد متلوب الحكومة على الاعتراضات التى  
وجهت إلى النص ، مجموعة الأعمال التضيرية ج ٢ ، ص ٢٤٣ ) . وهذا القول لا يتسق مع  
مبدأنا نص المادة ١٣٩ / ٢ : فهذا النص لا يقضى بأن الإجازة لا تسرى فى حق الغير ، وإنما  
هو يقول إن الذى لا يخلد فى حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد .



### ٢٣٤ - التقادم :

الأمر الثانى الذى يتصحب به العقد القابل للإبطال ، إلى جانب الإجازة ، هو التقادم ، أى مضى الزمن . فقوات الزمن يسقط الحق فى إبطال العقد القابل للإبطال ، فيصير بذلك صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تنقضى المادة ١٤٠ بأنه :

١ - يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه ، من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

فالحق فى طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد . فإذا انقضى هذا الأجل ، سقط ذاك الحق ، وتدعت بذلك صحة العقد وتأيدت .

ومدة تقادم حق طلب الإبطال ، بالنسبة إلى نقص الأهلية ، هى ثلاث سنوات ، تبدأ ، لا من تاريخ إبرام العقد ، ولكن من وقت زوال نقص الأهلية ، أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصراً ، أو من وقت رفع الحيز عنه إن كان سفيهاً أو ذا غفلة ، أو من وقت موته فى جميع الأحوال . ومدة تقادم حق طلب الإبطال فى حالة الغلط أو التدليس والإكراه

---

= ومع إقراض أن الإجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فإن ذلك لا يؤدى ببلاته وبمجردة إلى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فإذا أخذنا المثال السابق ، ومؤاده أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها ل بكر ، ثم يبيع البيع الأول ، فى هذا المثال ، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحاً متجاً لآثاره ، حتى قبل إجازته . فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية إلى زيد . فإذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض ل بكر ، فإنه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينقل إليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ؛ لأنه فاقد الشيء لا يعطيه . فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقتلنا إن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك ببلاته وبمجردة أن يخلص الحق ل بكر . إذ أن علم الاعتماد بالإجازة بالنسبة إلى بكر معناه علم وجودها فى حقه ؛ والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صدورها .



هى ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه ، أو خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمام العقد ، أى الفترتين أقصر ، وبعبارة أخرى ، أى الفترتين تنقضى أولاً . أما فى حالة الاستغلال ، فحق الإبطال يسقط بمضى سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد (المادة ٢/١٢٩) ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه .

وسقوط حق طلب الإبطال بالتقادم ، يؤدى إلى تدعيم صحة العقد ، بزوال العيب الذى كان يتضمنه ، وخطر الإبطال الذى كان يهدده نتيجة لوجوده . وما دام العقد قد أصبح تام الصحة ، فلا يجوز إبطاله بعد ذلك ، لا عن طريق الدعوى ، ولا عن طريق الدفع .

### المبحث الثانى

#### العقد الباطل

٢٣٥ — يختلف العقد الباطل ، أو الباطل بطلاناً مطلقاً ، كما يطلق عليه . فى الاصطلاح التقليدى ، اختلافاً أساسياً عن العقد القابل للإبطال ، أو الباطل بطلاناً نسبياً . فالعقد الباطل لا يتعقد أصلاً . هو يولد ميتاً .

#### ٢٣٦ — حالات العقد الباطل :

يقع العقد باطلاً ، إذا تخلف ركن من أركانه ، أو اختل اختلالاً يؤدى إلى عدم الاعتداد به أصلاً<sup>(١)</sup> . وأركان العقد هى ، كما بينا ، الرضاء والمحل . والسبب ، فضلاً عن الشكل فى العقود الشكلية . فإذا لم يتوافر الرضاء ، بأن كانت إرادة أحد العاقدين صادرة عن غير وعى ، أو كانت صادرة عن وعى ، ولكنها لم تتطابق مع إرادة العاقد الآخر ، فإن العقد لا يقوم . ويبطل .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ١٤٢ من القانون ، ما يأتى : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى مختلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانحطام الإرادة تقريراً على ذلك أو كائتضاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وفى من البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع أو حكم القانون ، يحول دون انتقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق ( مجموعة الأعمال التمهيدية ج ٢ ص ٢٥٥ ) .



العقد كذلك إذا لم يكن لأحد الالتزامات المتولدة عنه عمل ، أو كان عمله مستحيلا ، أو غير محدد ، أو غير مشروع . ويبطل العقد أيضاً إذا تخلف فيه السبب ، أو اتمم بعدم المشروعية . وإذا كان العقد شكلياً كالرهن الرسمي أو عقد الشركة ، ولم يأت في الشكل الذي رسمه القانون لقيامه ، وقع باطلا .

تلك هي الحالات التي يقع فيها العقد باطلا ، وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية العامة . وقد يقع العقد باطلا في حالات أخرى متباينة ، إذا قضى القانون نفسه بذلك بمقتضى نص خاص ، كما هو الشأن في بيع الوفاء (١) (المادة ٤٦٥) ، وكما هو الحال في بيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاد عند لزومه (٢) ، وفي التصرف الذي من شأنه أن يؤدي إلى تجاوز الحد الأقصى للملكية (٣) .

#### ٢٣٧ — تقرير بطلان العقد :

رأينا أن العقد الباطل لا يتعقد أصلاً . ويترتب على ذلك أننا لا نكون في حاجة إلى إيقاع بطلانه . فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه . ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد ، إذا ما نوزع فيه . وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة .

وبخلاف الحال في العقد القابل للإبطال ، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذي مصلحة ، بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفي ذلك تقضى المادة ١/١٤١ بأنه : « ١ — إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزوال البطلان بالإجازة » .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١٢/٦ طين ٢٠٤/٢٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٧٧٠ رقم ٢٥٥ — نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ طين ٥٨/٢٤ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٩٦٨ رقم ١٣٩ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ طين ٣٥/٢٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٧٣ رقم ٢٢٠ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٣ طين ٠٨/٤٢ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٧٦ رقم ٨١ .



فلكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد الباطل ، لأنه إذ يتمسك به ، لا يفعل أكثر من الحاجة بحقيقة ماثلة ، مؤداها انعدام العقد الذى يواجهه به<sup>(١)</sup> .

ويعتبر بالضرورة ذا مصلحة ، ويسوغ له بالتالى التمسك ببطلان العقد ، كل من عاقديه ، حتى ذاك الذى لم يقم به سبب البطلان . فلو أن مجنوناً ، مثلاً ، باع ماله ، وقع البيع باطلاً ، وثبت التمسك ببطلانه ، ليس للمجنون فحسب ، بل وللمشتري أيضاً<sup>(٢)</sup> . فبطلان العقد يعنى كلا من طرفيه من الالتزامات التى يولدها ، أو هو بالأحرى يؤدى إلى اعتبار أن هذه الالتزامات لم تنشأ أصلاً فى ذمته ، أو هو يقطع ، فى الأجل ، صلته به إن لم يكن من شأنه أن يحمله بالترام ما .

ويجوز أيضاً التمسك ببطلان العقد لغير طرفيه ، ممن يكون له مصلحة فى إهداره . ومثال ذلك أن يبيع شخص ، بعقد باطل ، عقاراً يملكه لآخر ، حالة كونه مرهوناً لأحد دائئيه ، هنا يسوغ للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع ، وأن يتجاهل بذلك المشتري ، كلما كان له فى ذلك مصلحة .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، المقابلة للمادة ١٤٢ من القانون ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٦ ) . وقد جاء فيها : « ما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معلوماً - وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعلوم - فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلاً فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى ، فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد ، هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته . ويكون من واجبه أن يقدم الدليل على توافر سببه » .

(٢) ويلاحظ أنه ، وإن كان منطبق القانون يقضى ، كما بينا فى المتن ، أنه يجوز لمن يتعاقده مع المجنون أن يتمسك ببطلان العقد ، اعتباراً بأن العقد هنا معلوم ، إلا أن القانون الفرنسى ، رغبة منه فى منع المتعاقدين مع المجنون من التخلص من الصفقة ، تأسيساً على أنه لم يكن فى حاجة إلى حماية القانون ، طالما أنه رشيد ، بات يقصر التمسك بالإبطال هنا على المجنون وعنده ، دون من يتعاقده معه ( المادة ١٤٨٩ / ١ مدونة بالقانون رقم ٥ / ٦٨ الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٨ ) . وبهذا أصبح عقد المجنون فى القانون الفرنسى قابلاً للإبطال لمصلحة المجنون ، وليس باطلاً ، ويستطع الحق فى طلب إبطاله بمضى خمس سنوات ( المادة ١٣٠٤ فرنسى ) . وذلك مثالاً على ما فى المشرع الفرنسى الضمنية بمقتضى القانون وأصوله فى سبيل المصلحة .



ولا يقف الأمر عند ثبوت الحق في التمسك ببطلان العقد الباطل لكل  
ذى مصلحة، سواء أكان أحد المتعاقدين أو أجنبياً عن العقد، بل إنه يسوغ  
للمحكمة، بل تجب عليها، أن تقضى بهذا البطلان، ولو من تلقاء نفسها،  
أى حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم. والسبب في ذلك أن بطلان العقد،  
أى البطلان المطلق، بخلاف القابلية للإبطال أو البطلان النسبي، يتصل  
بالنظام العام.

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيساً على سبب معين، عدم مشروعية  
السبب مثلاً، ثم رفضت الدعوى، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان  
أو لإبطال جديدة ضد نفس العقد، إذا ما أسست على سبب آخر مختلف،  
ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها، فإنه يتمتع بعد ذلك  
الطعن في العقد تأسيساً على أى سبب كان يمكن ابدائه حال قيام تلك  
الدعوى (١).

#### ٢٢٨ - الإجازة لتصحيح العقد الباطل :

العقد الباطل عدم، كما بينا. وبالتالي فالإجازة لا تلحقه (٢)، لأنها  
لا يمكنها أن تجعل من العلم شيئاً صحيحاً. وفي ذلك تقضى المادة ١٤١ في  
آخرها بأنه : «... ولا يزول البطلان بالإجازة» (٣).

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٤/٢١ السابقة الإشارة إليه. وراجع ما قلناه في خصوص  
دعوى إبطال العقد، ص ٤٧١ هامش (١).

(٢) ومن قبيل إجازة العقد الباطل، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يمتد به، أن يزول  
المصالح من حقه في الطعن في العقد. فالزول من الطعن في العقد الباطل يفيد ضمناً الرضاء به،  
أى إجازته. انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٧، مجموعة النقض ص ١٨ ص ٩١٨.

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية من المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤٢  
من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧). وقد جاء فيها : «وما دام البطلان  
المطلق يستتبع اعتبار العقد معلوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة. ويختلف عن ذلك  
حكم العقود القابلة للإبطال، فهي تصح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر  
شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المصالحه القاصر من الرشد وقت الإجازة، مثلاً)، وأن  
تكون الإجازة ذاتها منزوعة عن العيب. إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها،  
باعتبارها تصرفاً قانوناً...».



بل إن الأمر لا يقف عند حد عدم إمكان أن تلحق الإجازة العقد الباطل<sup>(١)</sup> ، وإنما هذه الاجازة ، لو حصلت ، لوقعت بنورها باطلة . فمؤدى الإجازة ، كما سبق لنا أن بينا ، النزول عن حق التمسك بالبطلان . والبطلان هنا يمس النظام العام . ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام . وهكذا نصل إلى أن العقد الباطل يظل مقسماً بهذا الوصف ، حتى لو أجز من قام به سبب البطلان . بل إنه يجوز لهذا الشخص نفسه أن يتمسك بالبطلان ، شأنه في هذا شأن أى شخص غيره تكون له مصلحة في إهدار العقد . فلو أن مجنوناً مثلاً ، أبرم عقداً ، وبعد زوال جنونه ورفع الحجر عنه ، أجاز هذا العقد ، فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه ، الذى يبقى حق التمسك به ، حتى لمن صدرت منه الإجازة ، ولأى شخص آخر له مصلحة في إهدار العقد .

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل ، فإنه يسوغ بالضرورة إعادة إبرامه ، من جديد ، بعد أن يتلافى سبب البطلان . على أن هذا الأمر يقتضى ، من جديد ، توافق إرادتى طرفى العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما ، كما هى الحال فى الإجازة . فإذا امتنع على من كان مجنوناً عند إبرام العقد أن يجيزه بعد رفع الحجر عنه ، فيسوغ له ، بعدئذ ، إعادة إبرامه ، إذا ما ارتضاه الطرف الآخر ، وبشرط أن يرتضيه . وهنا ينشأ عقد جديد منبث الصلة عن العقد القديم الباطل ، وذلك من تاريخ الاتفاق عليه .

#### ٢٣٩ — التقادم لا يصحح العقد الباطل :

العقد الباطل لا يتصحح بالتقادم ، مهما طال عليه الأمد . فهو علم ، والعدم لا يصير شيئاً بقوات الزمن .

ولكن إذا كان البطلان الذى يلحق العقد لا يزول عنه بمضى الزمن ، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . وفى

(١) انظر : تقضى ١٩٦٧/٤/٢٧ طعن ٣٤٤/٥٨ مجموعة التقضى س ١٨ ص ٩١٨ رقم ١٣٩ ، وقد جاء في هذا الحكم أن بيع الوقاء ، باعتباره باطلاً بطلاً مطلقاً ، فإن الإجازة لا تلحقه وإذا كان ذلك ، فإن التنازل عن التمسك في العقد لا يمتد به ، فهو بمثابة الإجازة .



ذلك تنقض المادة ٢/١٤١ بأنه : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعنى أن العقد أصبح صحيحاً . فهو لا زال باطلا . كل ما فى الأمر أن دعوى البطلان ذاتها تقع غير مقبولة ، إذ ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد . وهكذا نصبح هنا أمام عقد باطل ، دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى .

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بالتقادم أن يمتنع طلب بطلان العقد عن طريقها ، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن <sup>(١)</sup> و <sup>(٢)</sup> . فإذا وقع البيع ، مثلا ، باطلا ، وانقضى على إبرامه .

(١) يلاحظ أن بعض التقنيات ، كالتقنين الإيطالى ( المادة ١٣٠٢ ) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢٢٧ ) ، والمشروع الأول لتنقيح القانون المدنى الفرنسى ( المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية - أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٧ ) قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع من يطالب بتنفيذ العقد . ولم يسر مشرنا المصرى فى هذا الاتجاه . لأنه لم ير ضرورة لذلك ، اعتباراً منه بأن الحكم يصل فى وضوحه وجليه إلى حد أنه يمكن الوصول إليه بغير ما عناه ، استخلاصاً من طبيعة البطلان ذاتها ، المتمثلة فى اعتبار العقد علماً ، واعتباراً بأن الدفع فى ذاتها لا تتبادر ( راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٣ ) .

(٢) راجع فى إمكان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع مهما طال الزمن : نقض ١١/٤/١٩٥٧ ، مجموعة النقض ص ٨ رقم ٤٠٤ . وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : « إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ، ذلك أن العقد الباطل يظل معموماً ، فلا يتقلب مع الزمن صحيحاً ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمح به المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفع لا تتقادم . ففى كان الحكم الملغى فيه قد انتهى إلى بطلان سنة الدين بطلاً مطلقاً ... فإن ذلك يكتفى لتقرير نتيجة اللازمة قانوناً ، وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان ... » . وانظر فى نفس الاتجاه من الفقهاء : السبوري ، المرجع السابق نبذة ٣٢٠ - Boudant ج ٨ نبذة ٢٨٢ - De Page ج ٢ نبذة ٧٨٤ -

Planioi et Ripert ج ١ نبذة ٣١٠ - Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٢٧٢ - حطمت أبوسبتى المرجع السابق نبذة ٢٦٦ - عبد المنعم الصمد ، المرجع السابق نبذة ٢٥٢ - سليمان مرقس ، نبذة ٢٦٣ . وانظر فى الاتجاه العكس : Mazzeaud ، المرجع السابق نبذة ٣٢٦ - Bandry - Lacantinerie ج ٢ نبذة ٢٠٢٩ - Jossereand ج ٢ -



١٥٠ سنة ، ما كان للبائع ولا للمشتري أن يرفع أحدهما على الآخر دعوى البطلان . ولكن إذا كان البائع لم يسلم بعد المبيع للمشتري ، ورفع هذا عليه دعوى يطالبه فيها بالتسليم استناداً إلى البيع ، كان للبائع أن يدفع تلك الدعوى بتسكه ببطلان البيع <sup>(١)</sup> . وكذلك الحال بالنسبة إلى المشتري ؛ فإذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن ، ثم طالبه به البائع ، كان له أن يدفع ببطلان البيع ، ويخلص نفسه بذلك من الالتزام به <sup>(٢)</sup> .

هكذا يبين أن العقد الباطل ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، لا يتصحح بالتقادم ، مهما طال أمده . كل ما هنالك أن دعوى تقرير البطلان تسقط

---

= تبذة ٣٦٠ - جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات تبذة ١٢٥ .

ويلاحظ أن الأعمال التفسيرية للقانون المدني المصري تؤكد الرأي القائل بعدم سقوط النفع بالبطلان بمرور الزمان . فقد قررت لجنة المراجعة ، عند النظر في المادة ١٩٤ من المشروع النهائي ، المقابلة للمادة ١٤١ من القانون ، سقوط دعوى البطلان بالتقادم ، « ولكن النفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم » . وصارت الفقرة الثانية من تلك المادة على النحو التالي : « ٢ . وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » . ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظي لا يمس الجوهر . وقد حلفت عبارة « دون الدفع به » في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لا عزوفاً عن الحكم الذي تقتضيه ، ولكن اعتباراً بأنه « من المطلق عليه أن النفع لا يتقادم » وبأن الحجة « لم تر محلاً لا يراد تطبيق لهذه القاعدة المسلمة » . راجع في ذلك مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٥١ إلى ٢٥٣ .

(١) بل إنه إذا كان البائع قد سلم المبيع فعلاً ، فإنه لن يعدم وسيلة يستطيع بها استرداده من المشتري ، ما لم يكن هذا قد كسب ملكيته بسبب آخر غير البيع . وطريقه إلى ذلك أن يتجاهل عقد البيع ، ويلجأ إلى دعوى استحقاق الشيء الذي يباعه ، أي يستند إلى ملكيته لهذا الشيء . والقاعدة أنه إذا أثبت شخص أنه كان في وقت ما مالئاً لشيء ، فإن الملكية تنحصر له ، إلا إذا أثبت المدعى عليه أن تلك الملكية قد انتقلت إليه هو ، بطريق أو بآخر . فهنا يرى المشتري نفسه مضطراً ، في سبيل الاحتفاظ بالشيء الذي تسلمه ، إلى أن يحاول أن يثبت أن ملكيته قد آتت إليه . فإن لجأ ، في هذا السبيل ، إلى التمسك بعقد البيع الباطل ، حق البائع أن يدفع ببطلانه .

(٢) أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن ، فهو لن يعدم ، حتى في هذه الحالة ، وسيلة لاسترداده ، بطريق آخر غير دعوى بطلان البيع . وسيله إلى ذلك أن يرفع على البائع دعوى استرداد ما دفعه ، على اعتبار أنه دفع له ما ليس بمستحق عليه ، بشرط ألا يكون قد امتنع سماع هذه الدعوى بمرور الزمان . فإن تمسك البائع هنا بالبيع ، بنية إثبات أحقيته فيما قبضه ، جاز للمشتري أن يدفع ببطلانه .



بعضى ١٥ سنة من تاريخ العقد . ويبقى بعد ذلك التمسك بالبطلان عن طريق الدفع جائزاً ، دون تقييد بمحد زمنى .

#### ٢٤٠ — مقارنة بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل :

يحسن بنا ، بعد أن بينا أحكام كل من العقد القابل للإبطال والعقد الباطل ، أن نستجمع الفروق التى تباعد بينهما . وتركز هذه الفروق فيما يلى :

١ — العقد القابل للإبطال هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، وإن كان ينطوى على جرثومة فساد تنهض سبباً لبعده قابلاً للإبطال . وقد يعمل فيه سيف الإبطال ، فيبطل . وقد يتحرر من الفساد الذى يمتريه ، فتأكد صحته . ويتدعم ، ويزول خطر الإبطال الذى كان يهدده . أما العقد الباطل فهو لا ينعقد أصلاً . فهو والعدم سواء .

٢ — العقد القابل للإبطال لا يبطل ، إلا إذا تمسك ببطاله من يقرر القانون هذا الأمر لصالحه . فلا يجوز للمتعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال . ولا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما العقد الباطل ، فلكونه عدم ، فإنه يسوغ التمسك ببطالانه لكل ذى مصلحة . وللمحكمة أن تقضى به ، ولو من تلقاء نفسها .

٣ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالإجازة ، بخلاف العقد الباطل .

٤ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالتقادم . أما العقد الباطل ، فلا يتصحح بالتقادم مهما طال أمده . وإن كانت دعوى تقرير بطلان العقد الباطل تسقط بالتقادم الطويل ، فإن ذلك لا يفيد أن هذا العقد قد تصحح ، فهو يستمر باطلاً ، كل ما هنالك هو أن الدعوى بتقرير بطلانه لا تسمع قضاء . ويبقى بعد ذلك الطريق مفتوحاً لأى ذى شأن فى أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع .



## المبحث الثالث

### أثر البطلان

٢٤١ — تبيننا ، فيما سبق ، أن البطلان ينقسم ، من حيث الوقت الذي يلحق العقد فيه ، نوعين : فهناك نوع منه يلحق العقد عند نشوئه ، فيحول دون انعقاده أصلاً ، أو هو يجعله يولد ميتاً . وفي هذه الحالة ، يقال إن العقد باطل . وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد عند نشوئه ، ولكن جبرئوته تكون كامنة فيه . وهكذا يولد العقد وينتج آثاره ، ولكنه يكون قابلاً للإبطال . وقد يلحقه البطلان بالفعل ، إذا ما قضى بإبطاله ، دون أن يكون ذلك على سبيل الزوم والحتم . وسواء ألحق البطلان العقد عند نشوئه ، أم لحقه في تاريخ لاحق نتيجة إبطاله ، فإن أثره واحد في الحالتين .

ويركز أثر البطلان في إعدام العقد إعداماً يستند إلى تاريخ إبرامه . فالبطلان لا يزيل العقد من وقت الحكم به فحسب ، ولكن من وقت نشوئه أيضاً . هو يزيله بالنسبة إلى الماضي والمستقبل . هو يؤدي إلى اعتباره عدماً ، وأنه كان دائماً كذلك . وهكذا نجد أن للبطلان أثراً رجعياً . وفي ذلك يستوى العقد الباطل من الأصل ، والعقد القابل للإبطال إذا ما قضى بإبطاله .

وإذا كان مؤدى البطلان هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه ، ترتب على ذلك اعتبار تنفيذه كأن لم يكن ، إن كان قد تنفذ (١) . وهذا ما يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، إن كان ذلك ممكناً ، وإلا ساء الحكم بأداء معادل . وفي ذلك تقضى المادة ١/١٤٢ بأنه : « ١ - في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل » .

فإذا نشأ البيع ، مثلاً ، باطلاً ثم تقرر بطلانه ، أو انعقد قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله ، وكان المبيع قد سلم إلى المشتري ، وجب على هذا الأخير رده

---

(١) فتشغيل العقد الباطل أو القابل للإبطال لا يحول ، بطبيعة الحال ، دون إمكان التمسك ببطلانه أو بإبطاله ، ما لم يصحّر تنفيذ العقد القابل للإبطال بإجازة إياه . انظر في ذلك تمييز الكويت ١٩٧٣/٥/٩ ، الفقه والقانون ص ١٤٩ ص ٦٦ .



إلى البائع ، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه من أصله ، كما إذا اقتلع منه شجرة . ويجب عليه أيضاً ، أن يرد جميع الثمار التى أخذها من البيع ، مالم يكن قد تملكها إعمالاً لقاعدة أن حائز الشيء يملك ثماره التى يقبضها بحسن نية ( المادة ٩٧٨ ) . وإذا كان المبيع ، فى البيع الباطل ، قد هلك خطأ المشتري ، أو تعذر على هذا رده ، لسبب أو لآخر يعزى إليه ، وجب عليه أن يدفع للبائع قيمته . أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة ، ما كان على المشتري جناح ، مالم يكن سىء النية عند تسلمه إياه ، أى عالماً حيثئذ بسبب البطلان ، ولم يستطع أن يثبت أن الشيء كان لهلك أيضاً عند المشتري لو أنه كان فى يده . وإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وجب على البائع رده إليه ، لاعتبار أنه أخذه منه بدون وجه حق ، وذلك مالم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم .

وإذا لحق البطلان عقد الإيجار ، حالة كونه قد تنفذ فعلاً ، التزم المستأجر برد العين ، كما يلزم المؤجر بأن يرد للمستأجر جميع المبالغ التى أخذها على سبيل الأجرة . ولكن حيث إنه يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار ، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين ، إذ الفرض أنه انتفع بها بالفعل ، فإن المستأجر يلتزم بأن يؤدي للمؤجر مبلغاً يراعى فى تحديده القيمة الإيجارية للشيء ، أى أجرة المثل السوقية ، وليس الأجرة المتفق عليها بالفعل .  
يخلص مما سبق أن البطلان يؤدي إلى إعدام العقد وإزالة كل أثر له ، الأمر الذى يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرامه (١) .

(١) ويسرى هذا الحكم ، حتى لو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية ، كما إذا كان محل العقد أو سببه مخالفاً لنظام العام أو لحسن الآداب . وقد وجدت لدى الرومان نظرية مختلفة فى هذا الصدد . ومضى هذه النظرية أن الاسترداد لا يجوز للمصاغة التى لحقها الفس ، أى المصاغة التى يكون عدم المشروعية أثراً منتهى ، أو يكون هو مشتركاً فيه . فإذا دفع رجل ، مثلاً ، مبلغاً من المال لآخر نظير ارتكابه جريمة ، أو دفع هذا المبلغ لإمرأة لحملها على مباشرته ، ما كان له فى القانون الرومانى أن يسترد ما دفع ، لاجبار أنه ملوث . أما إذا كان قد دفع هذا المبلغ لمنع ارتكابه جريمة ، أو لرد نهيته سرزوك أو شخص مخبوط ، فانه كان يسوغ له الاسترداد ، لاجبار أنه لم يملوث بالمقد الذى أبراه . وقد صاغ الرومان هذه الفكرة فى قاعدة أساسية من



وذلك بطبيعة الحال ما لم يقض القانون بغيره ، كما هو الشأن على الأخص فيما يتعلق ببطالان أو إبطال عقد عديمي الأهلية وناقصيها (المادة ١٤٢/٢) ، وفيما يتعلق بحماية الخلف الخاص حسن النية من أثر إبطال عقد سلفه ، وهما الحالتان اللتان سوف نعرض لهما بعد قليل ، فضلاً عن غيرها من الحالات الأخرى التي ينصها القانون بحكم مغاير<sup>(١)</sup> ، فضلاً عن بعض العقود التي أدى تنافي طبيعتها مع منطلق البطلان في كماله بالقضاء إلى أن يغير الحكم في خصوصها

= القواعد التي تسود قانونهم ، ومؤداها أنه لا يجوز لأحد أن يتسلط بنفسه نفسه Nemo auditur propriam turpitudinem allegans . وقد انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي ، وإن اتجه الفقه والقضاء تحت ظله إلى قصرها على العقود الباطلة مخالفة حسن الآداب ، دون تلك التي تبطل بسبب مخالفة النظام العام ، ما لم تكن تلك المخالفة بالغة الخطورة . ووجدت هذه الفكرة لها صدى في الفقه والقضاء تحت ظل القانون المصري القديم . وقد أراد واضع المشروع التمهيد للقانون المصري الحالي أن يسلوا هذه الفكرة ، فضموه نصاً — هو نص المادة ٢٠١/٣ — يقضي بأنه : « لا يجوز لمن وفي بالتزام يخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان هو في التزام لم يخالف الآداب » . وحذف هذا النص ، فلم يأت في القانون . وجاء هذا الحذف موقفاً . لأن منع الاسترداد لا يتسق ، من ناحية ، مع منطلق البطلان . وهو من ناحية أخرى ، يشجع على إيراد العقود المخالفة للآداب ، ما دام المتعاقد يطمئن إلى عدم رد ما يأخذه نتيجة لها .

وينبغي ، في ظل قانوننا الملغى الحالي ، عدم اتباع القاعدة الرومانية الحقيقة التي تقضي بأنه عند بطلان العقد ، يمتنع الاسترداد على من لحقه الدنس ، أو كما تقول القاعدة الرومانية نفسها : « لا يسمع الشخص إذا تملك بنفسه » . ففدى البطلان في ذاته هو انعدام العقد ، وإزالة كل آثاره ، ما لم يصرح القانون نفسه ، في حالة معينة ، بحكم مغاير ، ثم إن الأعمال التصديرية لقانوننا تبطل قاطعة في إبراز قصد الشارع في عدم إتيان القاعدة الرومانية السابقة . إذ أنه ، بعد أن جابت المادة ٢٠١/٣ من المشروع التمهيد تصرح بالأخذ بتلك القاعدة وتضمنها ، وعند عرضها على لجنة المراجعة ، اقترح أحد أعضائها حذفها « لأنها لا تتشعب مع منطلق البطلان ، فوافقت اللجنة على ذلك (تراجع مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٢٥٨) . والفقه في مصر يجمع على عدم إتيان القاعدة الرومانية في ظل قانوننا : انظر في ذلك : السهوري ، نبذة ٣٣٨ — حشمت أبرستيت ، نبذة ٢٥٩ — عبد المتعم الصمد ، نبذة ٢٦٢ — أنور سلطان ، نبذة ٢٣٢ — جمال الدين زكي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات طبع ٣ ص ٢٤٦ هامش ٨ .

(١) ومن الحالات الأخرى التي يترك فيها البطلان بعض الأثر حالة تحول العقد (المادة ١٤٤) التي سوف نعرض لها في المثل بعد قليل .



على نحو أو على آخر : ونخص بالذكر من تلك العقود عقد الشركة<sup>(١)</sup> وعقد العمل<sup>(٢)</sup>.

(١) فمقد الشركة يتميز عن غيره من كافة العقود الأخرى بأنه لا يقتصر في أثره على تنظيم العلاقة بين أطرافه ، وإنما هو يرتب أثراً جوهرياً آخر ، وهو ذلك المتمثل في إنشاء شخص ممنوى مستقل عن الشركاء له فتمت المالية الخاصة ، وله نشاطه المالي الخاص . وهذا الشخص الممنوى يتمايز بالضرورة مع غيره من أفراد الناس ومن هم في حكمهم ، فيكسب قيلم الحقوق ويحصل بالالتزامات . وقد يظل هذا الشخص الممنوى قائماً في حكم الواقع برغم بطلان عقد الشركة ، الأمر الذي يجعل إزالته من الوجود بأثر رجعي يتناقض في الكثير من النواحي مع ما حصل في واقع الأمر . ثم إن بقاء الشركة في حكم الواقع فترة من الزمن تطول أو تقصر وتباينها بنشاطها المالي يؤدي بالضرورة إلى أن تجني أرباحاً أو تتحمل خسائر على نحو لا يمكن إزالته من الوجود بعد حصوله حتى في العلاقة بين الشركاء أنفسهم . وكل هذا وغيره أدى بالقضاء ، عند الحكم بإبطال عقد الشركة أو بتقرير بطلانه ، إلى عدم إعماله منطلق البطلان في كامل مداه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى أثره الرجعي . وهذا ما جعله يلجأ في كثير من الأحيان إلى ما أطلق عليه الشركة الفعلية *Société de fait* . انظر في بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية : محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري نبذة ٢٩٦ وما بعدها - على يونس ، الشركات التجارية نبذة ٣٥ وما بعدها .

(٢) يسير القضاء الفرنسي في مجموعه ، وعلى رأسه محكمة النقض ، بمباركة من الفقه ، على عدم إعمال الأثر الرجعي للبطلان في خصوص عقد العمل ، حتى لو كان البطلان راجعاً إلى مخالفة النظام العام ، ولم يشذ عن سلوكه هذا إلا في أسواق نادرة تأثر فيها بفداحة وخطورة المخالفة التي سببت البطلان ، كالعمل في منشأة تبشر نشاطها لمصلحة العدو المحتل البلاد ، وكالعمل كخادمة في منزل معد للمهارة ، والقضاء في شذوذه ذلك لم يسلم من النقد . وقد تأثر القضاء الفرنسي ، في إيساده الأثر الرجعي للبطلان في خصوص عقد العمل ، بالزعة الإنسانية التي تسود تنظيم هذا العقد ، والتي كان من شأنها إضفاء المزايا الجديدة على العامل ، وهي من بعد مزايا تنمو وتتوسع على مر الأيام . إذ أن مؤدى إنفاذ الأثر الرجعي للبطلان اعتبار أن الشخص لم يكن عاملاً في المدة السابقة على الحكم به ، حتى لو كان يشتغل بالفعل خلال تلك الفترة . وهذا من شأنه أن يحرم العامل من المزايا الجديدة التي يقررها قانون العمل ، برغم أنه في كثير من الأحيان لا يكون غضباً ، أو في الأقل لا ينفرد وحده بالخطأ ، في حين أن رب العمل يفيد من ذلك الوضع ، برغم أنه في أغلب الأحيان غشياً ، إذ أن حرمان العامل من المزايا المالية نتيجة الأثر الرجعي للبطلان ينمكس على رب العمل بالنفع . راجع في عدم إعمال الأثر الرجعي للبطلان في خصوص عقد العمل : مؤلفنا ، أحكام قانون العمل الكويتي ، نبذة ١٥٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسي : نقض إجباي ١٩٦١/٢/٢ ، دالوز ١٩٦١ ص ١٨٢ - نقض إجباي ١٩٦٥/١١/١١ - ١٩٦٠ - نقض إجباي ١٩٦٦/٢/٩ *dr. Soc.* ص ٤٢٦ وتطبيق *Savatier* - نقض مدني ١٩٢٦/٢/١٠ دالوز ١٩٢٧/١/٣٠ وقانون حكم باريس ١٩٤٨/١١/٣٠ ، *J.C.P.* ١٩٤٩/٢/٢٨٧١ - نقض إجباي ١٩٦٤/١/٨ ، دالوز ١٩٦٤ ج ٢٦٧ .



## ٢٤٢ - أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

رأينا أنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أنه لم يقم أصلاً ، الأمر الذى من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها عند إبرامه ، إذا كان هذا متيسراً ، وإلا حكم بتعويض معادل . ومؤدى ذلك أن كل متعاقد يتحمل قبل الآخر بالالتزام بأن يرد له كل ماأخذته منه ، أو أن يؤدي له ما يعوضه عنه ، إذا استحال الرد عليه .

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، إذا كان الشيء الذى تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقياً بذاته لم يهلك أو ي تلف . إذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق ، أو دفع غير المستحق كما يسميه مشرعنا . فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله ، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده إليه . وهذا هو عين ماقتضت به المادة ١٨٢ بقولها : « يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ولكن الأمر قد أثار بعض الجدل فى الحالة التى يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد ، ويلتزم بالتالى بأن يؤدي إلى العاقد الآخر ما أسمته المادة ١/١٤٢ « التعويض المعادل » كما إذا كان الشيء قد هلك أو تلف . فماذا عساه أن يكون هنا مصدر الالتزام بأداء التعويض المعادل ؟

لقد اختلفت فى هذا الصدد الآراء . فأرجع البعض الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup> . وهذا رأى بعيد كل البعد عن الصواب . ذلك لأن المتعاقد يلتزم بأداء التعويض المعادل كلما تعذر عليه أن يرد الشيء

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٩/١/٤ طعن ١٣٨/١٣٤ بق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٨٦٨ رقم ١٣٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية » . وقارن السجورى ، المرجع السابق نية ٣٢٧ ، حيث لا يرجح أساس الالتزام هنا إلى المسؤولية التقصيرية إلا اعتماداً ترجح استحالة رد الشيء إلى خطأ المتعاقدين .



الذى تسلمه ، حتى لو لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه ، وهو الأمر الذى يغلب حصوله بالفعل فى واقع حياة الناس ، كما إذا اشترى شخص سيارة أو منزلاً بعقد باطل أو قابل للإبطال من غير أن يدرك العيب الذى يشوبه ، وتصرف فى المبيع على نحو يتعذر معه رده بذاته ، معتقداً آنذاك أنه مالك بمقتضى عقد سليم من الشوائب .

ورأى البعض الآخر وجوب اعتبار الالتزام بأداء «التعويض المعادل» كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل <sup>(١)</sup> . وليس لهذا رأى مسحة من صواب . فإذا كان العقد قد وقع باطلاً أو قد أبطل بأثر رجعى ، فكيف نعتبر الالتزام بالرد أو الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً عنه !

والرأى الذى نراه صواباً هو أن يُرد الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع ما لا يجب ، شأنه فى ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته . إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعه هلاكه أو تلفه ، إذا كان ذلك راجعاً إلى سبب يعزى إليه .

وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع فى أساسه إلى تسلم غير المستحق ، لزم إعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والفوائد ( المادة ١٨٥ ) ، وبالنسبة إلى تبعه الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها .

### ٢٤٣ - أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية :

يرد على قاعدة وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد نتيجة بطلانه استثناء هام ، فى الحالة التى يبطل فيها العقد بسبب نقص الأهلية . فهنا لا يلزم ناقص الأهلية ، إلا برد قيمة ما عاد عليه فعلاً من نفع معتبر قانوناً نتيجة تنفيذ العقد ، إن كان قد تنفذ . وفى ذلك تنص المادة ١٤٢/٢ بأنه : « ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

فإذا باع القاصر ، مثلاً ، ماله وقبض ثمنه ، ثم أنفق بعض هذا الثمن فى حلوائته القائمة على التزق والطيخ ، وأنفق بعضه الآخر فيما عاد عليه بنفع

(١) راجع : عبد المنعم الصمد ، مجلة ٢٦٠ والمراجع التى يشير إليها .



معتبر قانوناً ، كما إذا اشترى به مالا مفيداً من غير أن يقين في ثمنه ، أو دفعه في أغراض تعليمه بغير إسراف ، ما كان ملتزماً ، عند إبطال البيع ، بأن يرد للمشتري إلا القدر من الثمن الذي عاد عليه بالنفع فعلاً . أما القدر الذي أنفق في ملذاته وطيشه ، فلا يلتزم برده . إذ القانون يعتبر أنه لم ينفع به .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد في حدود المنفعة مقصوراً على حالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر ثم السفه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضاً على عديمي الأهلية ، وهم الصبي غير المميز ثم المحنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (١) . ذلك لأن الحكم السابق لا يعدل أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل ، أوردتها المادة ١٨٦ بقولها : « إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

ويلاحظ أن تحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانوناً مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه . فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقد الآخر ، إذا كان مكتمل الأهلية .

ولكن على من يقع عبء الإثبات في الحالة التي نحن بصددّها ؟ هل يقع على ناقص الأهلية ، فيتحمّل عليه أن يقيم الدليل على أنه لم يفد بما تسلمه بمقتضى العقد كلياً أو جزئياً ؟ أم أن عبء الإثبات يقع على المتعاقد الآخر ، فيقيم الدليل على أن ناقص الأهلية قد أفاد بما أخذه منه ؟

قد رأى البعض النظر الثاني (٢) ولكن هذا الرأي يبدو لنا غير سديد . فالأصل أنه ، عند بطلان العقد أو إبطاله ، يلتزم العاقد بأن يرد كل ما أخذ . فإن أعى القانون ناقص الأهلية من رد ما لم يعد عليه بالمنفعة ، فإن هذا الإعفاء يرد على خلاف الأصل . وكل من يدعى أمراً يتخالف مع الأصل يقع عليه عبء إثبات حقيقته فيه .

(١) أنظر في نفس الاتجاه : جبال الدين زكي ، المرجع السابق فقرة ١٣٢ .

(٢) راجع جبال الدين زكي ، المرجع السابق .



### ٢٤٤ — حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان :

قد يترتب على إعمال نتائج البطلان على إطلاقها، أن يترتب فادح الضرر، ليس للمتعاقدين الذى لم يقم به سبب البطلان والذى عول على قيام العقد فحسب، بل للغير حسنى النية الذين يجرون فى معاملتهم على أساس قيام هذا العقد . فلنفرض ، مثلاً، أن زيداً باع أرضه ليكر ، ثم جاء خالد ، مرتكناً إلى هذا البيع ومعتقداً صحته ، فاشتري الأرض بنوره من بكر ، وبعد ذلك أبطل البيع الأول ؛ فلو أننا عملنا هنا منطبقاً البطلان على إطلاقه ، لوجب القول بأن من شأنه إنبهار البيع الحاصل ليكر بأثر يستند إلى الماضى ؛ فكان يكر لم يملك إذا الأرض فى يوم من الأيام ، وكأنه حيناً باعها لخالد ، باع له ملك الغير ؛ وبيع ملك الغير لا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى مالم يقره . وهكذا نصل هنا إلى أن ملكية الأرض تعود إلى زيد ، ويحرم خالد منها، لأنه البائع له ( بكر ) لم يستطع أن يملكه إياها ، فهو يعتبر أنه لم يملكها أبداً ، وفاقده الشيء لا يعطيه ، ومن لا يملك لا يستطيع أن يملك .

وواضح أن العدالة تقتضى هنا حماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود التى يكون من حقهم أن يعولوا على قيامها . بل إن الصالح العام نفسه يقتضى تلك الحماية ، لما فيها من رعاية للثمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التى يركن الناس إليها . من أجل ذلك عمد قانوننا المصرى إلى توفير تلك الحماية ، وإن كان ذلك فى نواحي متفرقة وعلى درجات متفاوتة . وهى تقوم فى أساسها على فكرة أن البطلان لا يمنع من أن للعقد وجوداً مادياً قد يوهم بوجوده قانوناً . وهكذا يتولد مظهر يوهم بأن العقد صحيح . حقيقة أن هذا المظهر كاذب وخداع ، ولكن الناس قد يكونون معنورين إن اعتقدوا صحته ، إذا لم يكن ثمة خطأ ينسب إليهم ، ووجب ترقيب أمورهم كما لو كان العقد الذى توهموا صحته صحيحاً فى الحقيقة ، وذلك تشجيعاً للثمان العام واحتراماً للثقة المشروعة . هكذا ولدت ، من قديم ، نظرية المظهر الخادع بحمى المخلوع ، أو كما يقال عادة ، وإن كان بعبارة أقل دقة ، نظرية الغلط الشائع يولد الحق *error communis facit jus* ولم يفعل قانوننا فى سبيل حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان ، ألا إن يطبقها بصددهم ، وإن كان ذلك فى حدود متفاوتة .



ويوجد ، لحماية الغير حسن النية من نتائج بطلان العقود أو زوالها بأى طريق آخر ، كالفسخ والرجوع والإلغاء ، ثلاثة مظاهر أساسية ، هى الآتية :

#### ٢٤٥ - أولاً : حماية الدائنين والخلف الخاص من صورة العقد :

إذا أبرم عقد صورى ، كان للدائنى كل من طرفيه وخلفه الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أى مجهولون الصورة ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو العقد المستتر ، أيهما أوفق لمصلحتهم ( المادة ٢٤٤ ) . فإذا صور شخصان ، بخلاف الحقيقة ، وجود عقد بينهما ، كما إذا أبرما بيعاً صورياً صورية مطلقاً ، فإنه لا يكون هناك فى واقع الأمر أى عقد . ومع ذلك يحجز القانون للدائنى المشتري ولمن يكسب منه حقاً عينياً على الشيء محل التصرف الصورى . إذا ما كانوا حسنى النية ، أن يعتبروا أن العقد الصورى هو عقد حقيقى ، وأن ترتب أمورهم على هذا الأساس<sup>(١)</sup> .

#### ٢٤٦ - ثانياً : حماية حائز المتقول بحسن نية :

لو أن شخصاً تصرف لآخر فى متقول ، ثم بطل هذا التصرف ، فإن مؤدى منطق البطلان أن تنهار جميع التصرفات التى أجزاها المتصرف إليه بدوره ، كما إذا كان قد باع المتقول لمشتري ثان . أو رهنه له . ولكن القانون هنا يأتى فى عون المتصرف إليه الثانى ، إذا كان قد حاز المتقول الذى حصل التصرف له فيه بحسن نية . مقوراً بثبوت الحق الذى كان من شأن سنده أن يرتبه له ، تطبيقاً لقاعدة أساسية عريقة ، وهى قاعدة الحياةزة فى المتقول سند الحق<sup>(٢)</sup> .

#### ٢٤٧ - ثالثاً : حماية المتصرف إليهم فى العقار :

لم يزل المتصرف إليهم فى العقار يواجه غم ، فى قانوننا المصرى ، حماية

(١) راجع فى ذلك : مؤلفنا ، دروس أحكام الالتزام ، فقرة ١٠٧ .

(٢) أنظر فى قاعدة الحياةزة فى المتقول سند الحق أو سند الحائز بالنسبة إلى المتقولات التى

ترد عليها شروط إعمالها وأثرها مؤلفنا :



قانونية فعالة من نتائج بطلان تبندات مملكتهم أو زوال هذه التبندات لأى سبب آخر ، إلا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون الشهر العقارى فى بلادنا . وقانوننا مع ذلك سباق ، بالنسبة إلى أكثر القوانين الأجنبية ، فى إضفاء تلك الحماية .

فى ظل قانوننا المدنى القديم ، لم تكن الحماية التى نحن بصدها مقررة إلا للدائنين المرتهين حسن النية . فقد جاء القانون المختلط بقاعدة مؤداها أنه إذا رهن شخص عقاره رهناً رسمياً ، ثم زالت ملكيته لبطلان سنده أو لفسخه أو لزواله بأى سبب آخر : فإن الرهن مع ذلك يبقى لصالح المرتهن ، إذا ما كان حسن النية ، أى يجهل ما يشوب سند الراهن من أسباب الزوال .

وقد استند قانوننا المدنى الحالى مبدأ حماية الدائنين المرتهين حسن النية (١) من سلفة ، وضمنه المادة ١٠٣٤ التى تقضى بأنه : « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

وقبل نفاذ قانوننا المدنى الحالى بما يقرب من ثلاث سنوات ، كان مبدأ حماية المتصرف إليهم فى العقار من زوال تبندات السلف ، قد اتسع وعم حتى شملهم جميعاً ، ما داموا حسن النية ، دون تفريق بين مشر أو مرتهن أو غيرهما ، وذلك وفقاً لما قضى به قانون الشهر العقارى الذى تنفذ ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . فقد تضمن هذا القانون فى المادة ١١ منه وجوب شهر الدعاوى التى تتضمن الطعن فى التصرفات العقارية ، وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ثم جاء فى المادة ١٧ منه يقول : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك

(١) انظر فى ساية الدائنين المرتهين حسن النية ، مؤلفنا : التعليقات الشخصية والعينية ،



الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما .

ومؤدى هذين النصين أنه إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بمقد قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأى سبب آخر ، ثم تصرف فى العقار لشخص آخر حسن النية ، كأن باعه له أو رهنه ، وشهر الخلف سنده وفقا للقانون ، قبل أن تشهر دعوى إبطال أو فسخ أو إلغاء أو زوال سند السلف لأى سبب آخر ، فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر فى حق خلفه <sup>(١)</sup> . فلو أن (أ) باع عقاره . مثلا . لـ (ب) بمقد قابل للإبطال ، ثم جاء (ب) وباع العقار بدوره لـ (ج) الذى يجهل العيب الذى يشوب سند (ب) ، وبعد ذلك رفع (أ) دعوى الإبطال ، وقضى له به : فإن هذا الإبطال لا يؤثر فى حق (ج) الذى يظل عتضا بالملكية : شريطة أن يكون قد سجل عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها وفقا للقانون . أما لو كان التصرف الصادر لـ (ج) قد سجل فى تاريخ لاحق لشهر دعوى الإبطال المرفوعة من (أ) : فإن هذا الإبطال يسرى فى حق (ج) : حتى لو كان فى حقيقة الواقع يجهل العيب الذى شاب سند مملكته (ب) .

ولا جدال فى أن الحكم الذى تقضى به المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى هو حكم خطير . فهو يؤدى إلى حماية المتصرف إليهم فى العقار من نتائج بطلان سندات مملكتهم . ما داموا حسنى النية <sup>(٢)</sup> . بل من نتائج زوال هذه

---

(١) وقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى تنص على مبدأ حماية المتصرف إليه فى العقار عند إبطال سند ملكية سلفه ، قائلا : « ٣ - على أن يبطال العقود الناقلة للملكية لا تقصر بالغير حسن النية إذا ترقب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بحجة أن حكمه وارد فى مكان آخر ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٧ ) .

(٢) وقد يثور التساؤل حول ما إذا كانت الحماية التى تفنى على الغير حسنى النية تقع حتى فى حالة وقوع سند ملكه بإطلا من الأصل ، أو أنها تقتصر على الحالة التى يقع فيها هذا السند قابلا للإبطال ثم يتقرر إبطاله . وليس هنا مجال الإفاضة فى هذا الموضوع ، وإن كنا أبيل إلى الرأى الثانى .



السندات لأي سبب آخر غير الإبطال ، كالفسخ والرجوع والإلغاء<sup>(١)</sup> (قارن حكم المادة ٤٧٨ الواردة في شأن بيع المريض مريض الموت ) .

#### ٢٤٨ — انتقاص العقد الذي يلحقه البطلان :

الأصل أن العقد يبرم ككل لا يتجزأ ، فإن لحقه البطلان أو الإبطال ، أهدر كله . ولكن قد يمكن ، في بعض الأحيان ، تجزئة العقد ، إذا كان البطلان أو الإبطال لا يلحقه إلا بالنسبة لبعض أجزائه دون بعضها الآخر<sup>(٢)</sup> .

(١) فكرة حماية المتصرف إليه من زوال ملكية المتصرف ليست غريبة عن الفقه الإسلامي . بل لعل لفقه الإسلام ، في هذا المجال ، فضل سبق على القانون المعاصر بما يزيد كثيراً على ألف عام . فهذه الفكرة تأتي ، بادية على يد ، أثرأ لما يطلق عليه « الملكية الخبيثة » أو « الملك الخبيث » عند الحنفيين . فالحنفيون ينفردون من بين فقهاء المسلمين بنظرية فساد العقد إلى جانب نظرية بطلانه . فالعقد عندهم يمر بالنسبة إلى ذات تكوينه ، يمر سلطين متميزتين ، هما مرحلة الانتقاد ومرحلة الصحة . فلا بد للعقد بداية من أن ينتقد . فإن لم ينتقد ، الأمر يس « أصل العقد » ، وقع باطلا . وإذا انتقد ، بأن توافر له أصله . وجب أن يكون صحيحاً باستموازه على ما يسمى « وصف العقد » ، وإلا وقع فاسداً . والعقد الفاسد ، إذا كان من شأنه نقل الملك ، واقتصر بالإقباض الاجتيازي ، كما إذا سلم البائع في بيع فاسد المبيع المشتري باختياره ، فانه ينتقل إلى المشتري ملكية خبيثة . وهي ملكية من نوع غريب . إذ هي تحول صاحبها المتصرف في الشيء . دون الانتفاع به . وهكذا فإن تصرف المشتري في الشيء الذي يملكه ملكية خبيثة ، بأن باعه بدوره ، مثلاً ، ثبت لهذا المشتري الثاني ملكية كاملة ، واستحال على المالك الأصل أن يفسخ العقد الفاسد الذي أبرمه مع المشتري الأول . وهكذا يقرر الفقه الحنفى حماية فاسد المتصرف إليه من كان طرفاً في عقد فاسد . بل إن الظاهر أن الحماية تشمل هنا المتصرف إليه حتى ولو لم يكن حسن النية ، أي حتى لو كان عالماً بسبب الفساد في عقد سلفه . ولم يقف الأمر ، في مجال حماية الغير من زوال العقد ، عند فكرة الملك الخبيث عند الحنفيين ، بل وجدنا اتجاهًا واضحاً عند بعض فقهاء المالكية ، لتعميم تلك الحماية على الغير الذين يتعاملون مع شخص في شأن الشيء الذي يكون قد وصل إلى يده بمقتضى عقد باطل ، بالمعنى العام الشامل لاصطلاح البطلان . أنظر في ذلك : دردير السوق ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٠ وما بعدها — أبين رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ . وراجع في تفصيل كل ما سبق ما سوف نذكره في هذا الخصوص عند تناوئ نظرية البطلان في الفقه الإسلامي .

(٢) انظر نقص ١٤/١٩٦٦/٢٤٣ طعن ٣١/٢٤٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط تطبيق نظرية انتقاص العقد أو تحوله أن يكون العقد في شق منه (الانتقاص) أو كله (التحول) باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فلا عمل لإعمالها إذا كان العقد مطلقاً على شرط وانقضى لم يستحق .



وهنا يقتصر بطلان أو إبطال العقد على ما تعيب فيه : دون ما لم يتعيب . وهذه هي نظرية انتقاص العقد . وهي لا تعدو أن تكون مجرد إعمال لإرادة المتعاقدين . وقد تضمنتها المادة ١٤٣ مدني بقولها : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله » .

ومثال الحالة التي نحن بصددناها : وهي تلك التي يمكن فيها انتقاص العقد . أن يهب رجل لإمرأته ماله ، ويشترط عليها ألا تزوج من بعده إذا مات . مدفوعاً في ذلك بمحض الغيرة . فإذا أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين ، يقوم أولهما على التبرع بالمال ، ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم الزواج ثانية إذا ماترملت ، صحت الشق الأول ، لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة إليه ، وبطل الشق الثاني لمخالفة ما جاء فيه للنظام العام ، بسبب تقييده لحرية الزوجة . من غير مسوغ يجيزه القانون . أما إذا أثبت الزوج . أو خلفاؤه من بعده . أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الأخير : بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذي حث الواهب على إجرائه . بطل كله . حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع . ومثال إنقاص العقد أيضاً أن يشتري شخص بئس إجمالاً واحد عدداً من الساعات : معتقداً أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح له أنه قد وقع في غلط جوهري بالنسبة إلى بعض ما اشتراه ، لكونه من النحاس : فإن أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يشمل أولهما بيع الساعات التي لم يقع المشتري في الغلط بالنسبة إليها ، ويشمل ثانيهما بيع تلك التي داخل المشتري الغلط فيها : انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذي يظل صحيحاً ، واقتصر البطلان على الشق الثاني ، وذلك ما لم يثبت المشتري أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التي انصب غلطه عليها<sup>(١)</sup> .

---

(١) ويلاحظ أن المشرع نفسه قد يأتى ، في حالة خاصة ، بتطبيقات لنظرية إنقاص العقد . وأبرز مثال لذلك حالة الفائدة الإثباتية ، إذا ما زادت على الحد القانوني ، حيث تقتصر إلى هذا الحد ( المادة ٢٢٧ ) . وهنا يعمل بالإنتقاص في حدود ما يقضي به المشرع ، دون ما ضرورة بعد ذلك للالتزام بما تتطلبه المادة ١٤٣ من شروط . وعلى ذلك فإنقاص الفائدة إلى الحد القانوني يكون في جميع الأحوال ، حتى لو ثبت أن الدائن ما كان ليرتفع العقد بغير السعر الربوي =



والشرط الأساسي لإعمال انتقاص العقد ألا يكون متنازلاً مع قصد  
أى من العاقدين ، بمعنى أنه إذا أثبت أيهما أنه ما كان ليرضى العقد بغير الشك  
الباطل ، امتنع انتقاصه وبطل كله . فلا يكتفى بمجرد أن يكون محل العقد قابلاً  
بطبيعته للانتقاص . إذا تعارض هذا مع قصد العاقدين (١) .

#### ٢٤٩ - تحول العقد الباطل :

إذا لحق البطلان العقد . إما لأنه نشأ منذ البداية باطلاً ، وإما لأنه نشأ  
قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله ، فإن ذلك يؤدي ، كما سبق أن بينا ، إلى  
انحياز العقد بأثر يستند إلى وقت إبرامه . ولكن انحياز العقد . الذى يترتب  
نتيجة بطلانه ، لا ينصب عليه إلا باعتباره تصرفاً قانونياً . فالبطلان لا يمس  
العقد باعتباره واقعة مادية تمت في حقيقة الأمر والواقع . وقد تتضمن هذه  
الواقعة المادية عناصر عقد آخر غير ذاك الذى لحقه البطلان . وهنا يقوم  
هذا العقد الآخر على انتقاص العقد الباطل ، أو أن العقد الباطل يتحول .  
كما يقول الفقه السائد ، إلى العقد الصحيح . وهذه هي نظرية تحول العقد .

ونظرية تحول العقد *conversion de contrat* نظرية ألمانية النشأة .  
فقد أخذ بها القانون الألماني في المادة ١٤٠ . وقد أخذ بها القضاء الفرنسى  
وقضاؤنا المصرى ، تحت ظل قانوننا القديم ، من غير نص صريح في القانون  
يقضى بها ، اعتباراً بأن القواعد القانونية العامة تؤدي إلى تطبيقها . وقد  
تضمنها قانوننا المصرى المحالى صراحة في المادة ١/١٤٤ بقوله : « إذا كان  
العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون

---

= الذى تضمنه . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى أجرة الأماكن والأراضي الزراعية إذا زادت  
على الحد القانونى . كما أنه يلاحظ أن طبيعة الأمور ذاتها قد تفرض ، في حالة معينة ، إعمال  
نظرية انتقاص العقد على نحو يتخاير مع ما تقتضيه المادة ١٤٣ . وهذا هو الشأن على وجه الخصوص  
عندما يتضمن عقد العمل شرطاً يتخالف مع القانون ، حيث يبطل هذا الشرط ، دون أن يكون  
لرب العمل أن يحتاج بأنه لولاه لما ارتضى العقد برمته .

(١) انظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ طعن ٣٧/١١ بمجموعة النقض من ٢٤ ص ٦٤٩

دقم ١١٥ - نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٢٤/٤٠٤ بمجموعة النقض من ١٩ ص ٩٥٤ .



صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه . إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

ومن أمثلة نظرية تحول العقد أو تحول التصرف بوجه عام . اعتبار الكيالة ، التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية . سنداً لأمر ، وتحول تظهير الكيالة لأمر ، الذى يقع باطلاً لنقص البيانات الواجبة فيه ، إلى توكيل بقبض قيمتها ، وتحول القسمة التى ترد على الملكية والتى يقضى بإبطالها بسبب نقص أهلية أحد المتقاسمين ، إلى قسمة مهايأة . أى قسمة انتفاع ، إذا كان هذا المتقاسم مأذوناً فى الإدارة .

والمرشح إذ يقضى . على غرار القانون الملى الألمانى (١) . وما حذا حذوه من القوانين الأخرى ، بتحول العقد . يستهدف إنقاذ ما يمكن إنقاذه بما أراده المتعاقدان تنظيماً لثأتهما . فإن بطل العقد الذى قصدها فى الحقيقة . فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى يحتمل أنها كانتا يتصرفان بإرادتهما إليه ، لو علما بالبطلان ، شريطة أن يكون من المقتدر أن يستخلص ، من انقراض العقد الباطل ، أركان العقد الصحيح الذى يصير التحول إليه .

#### ٢٥٠ - شروط إعمال نظرية تحول العقد :

للتأخذ بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح ، يلزم توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - بطلان العقد الأصلى : فإن كان العقد الأصلى صحيحاً ، ما ساع بغير الإرادة المشتركة لمعاقديه كليهما ، التحول عنه إلى غيره ، حتى إذا ثبت أنها كانتا يفضلانه عليه ، لو وضح لهما الأمر . فإذا رهن ، مثلاً ، شخص لآخر أرضه رهنًا حيازياً صحيحاً ، لجهلهما بنظام الرهن الرسمى . ما ساع بغير إرادة الطرفين كليهما ، التحول عن الرهن الحيازى إلى الرهن

---

(١) تنص المادة ١٤٥ من القانون الألمانى بأنه : «إذا تمشى التصرف الباطل مع طلبات تصرف قانونه آخر ، اجب هذا التصرف الأخير ، إذا كان من الممكن القول بأن المتعاقدين كانا يرتقبانه ، لو علما ببطلان التصرف الأول » .



الرجعي، حتى إذا ثبت أنها لو علما - بالعقد الثاني - لأبرماه دون الأول .  
وإذا لم ، للأخذ بفكرة التحول ، بطلان العقد الأصلي ، فإنه لا يهم بطلان  
ذلك أن ينشأ هذا العقد باطلاً من الأصل ، أو أن ينشأ قابلاً للإبطال ثم يقضى  
بإبطاله (١) .

٣- تضمن العقد الباطل أركان العقد الذي يصير التحول إليه : فيلزم  
أن يكون في الإمكان تلمس أركان العقد الذي يصير التحول إليه في الواقعة  
المادية التي تحللت عن العقد الباطل . فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان  
العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل (٢) . فلو أن شخصاً ، مثلاً ، باع  
داراً سبق لها أن تهدمت . ووقع البيع لذلك باطلاً ، مباحاً تحول العقد إلى  
دار أخرى يملكها البائع . حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد  
عليها ، لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التي وقع عليها البيع الباطل . . .  
٤- احتمال انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الجديد : ويلزم . في النهاية

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١/١٤ طعن ٢١٢/٢٤٢ في مجموعة النقض من ١٧ من ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط إعمال نظرية تحول العقد أن يكون العقد كله باطلاً  
أو قابلاً للإبطال ، وخلص من ذلك إلى عدم إمكان إعمالها في حالة العقد الملحق على شرط واقف  
لم يتحقق . وهذا النظر من الحكم يلمو غير سليم فليس يوجد شيء ما يمنع من إعمال نظريتنا في  
حالة عدم تحقق الشرط الواقف الذي ملق العقد عليه ، إذا تضمنت كواقعة مادية ، أركان العقد  
الذي يراد أن يصير التحول إليه ، وانضح أنه كان من المحتمل أن تنصرف إلى هذا العقد بإرادة  
الطرفين لو تبين أن الشرط الواقف يصير الحتمي إلى عدم التحقق .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٠/١/٢٩ طعن ٣٥٠/٤٦٤ في مجموعة النقض من ٢١ من ٢١٢ رقم ٣٤ . وقد قضى هذا الحكم بعدم إعمال نظرية التحول في قضية أبرم فيها عقد لتوزيع مطبوعات  
هيئة الإذاعة ، وتوقع عليه من لا يمكن أن يكون البصفة في تحصيلها ، وقضى بطلانها على هذا الأساس  
( الصواب هو عدم فباذ التصرف في حق هيئة الإذاعة وليس بطلانه ) . وقد جاء في حكم النقض ،  
تبريراً لرفضها الأخذ بتحول العقد : « فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير  
أساس » . وهذا النظر من الحكم ليس مقنعاً ذاته . لأن مؤدى بطلان العقد - وهو شرط لإعمال  
التحول - هو اعتبار أنه لم ينشأ أصلاً . ولكن ليس معنى ذلك أن التحول كان يمكن له أن يكون  
في الوقعات المتخولة التي صدر فيها الحكم . فهو مستحيل . ذلك لأن هيئة الإذاعة لم تكن مطلة  
تمثيلاً قانونياً ، والإتيان بمن يعبر قانوناً عن إرادتها ، هو إتيان بمصير عارضي عن الواقعة  
المادية المتخلفة عن بطلان العقد ، وبالأحرى عن عدم نفاذه . . .



أن تدل الظروف على أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، لو أنهما تبنيا بطلان العقد الأصلي . فالإرادة الحقيقية لم تصرف ، في واقع الأمر ، إلا إلى العقد الباطل . ولكن القاضى يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، لو أنهما تبنيا العيب الذى شاب العقد الأصلي ، وأدى إلى بطلانه (١) . صحيح أن القاضى لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، إذا كانا قد علما ببطلان العقد الأصلي . ولكن يكفى هنا مجرد احتمال هذا الرضاء . وهكذا فالعقد الجديد يقوم . لا على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه ، أى الإرادة التى قصدها فى الحقيقة وواقع الأمر ، ولكن على أساس الإرادة الاحتمالية ، أى تلك التى يرى القاضى أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون . وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص هذه الإرادة الاحتمالية (٢) ، دون معقب عليه فى ذلك من محكمة التمييز ، طالما جاء استخلاصه سائفاً ، لأن الأمر يتعلق بالواقع .

#### ٢٥١ - خطأ عند تكوين العقد الباطل :

فى كثير من الأحيان ، يعول الشخص على عقد يرمه ، ويرتب أموره على أساس قيامه ، ثم يفاجأ ببطلان هذا العقد ، دون أن يقوم به سببه ، ودون

(١) ويلاحظ أن للقاضى هنا دوراً إيجابياً نشطاً فى قيام العقد ، وإن لم يكن دوره هذا قائماً على التحكم . وإذا كان دور القاضى ، فى مجال تحول العقد الباطل ، لا يتفق تماماً مع إصباح وظيفة فى صدد العقد ، حيث تقتصر على النظر فى قيامه ثم تفسيره وإعمال حكمه ، فإن المصلحة تقتضيه . ثم إن ذلك ليس المظهر الوحيد للتوسع فى سلطة القاضى فى خصوص العقد . فقد شاء الفكر القانونى المعاصر ، تمشياً مع ما تقتضيه مصلحة الناس ، أن يصل بوظيفة القاضى فى بعض الأحيان ، إلى تحليل آثار العقد ، كما هو الحال فى نظرية الظروف الطارئة ، بل إلى حد إصدار ما يراه تصديقاً من شروطه ، كما هو الشأن فى عقود الإذعان .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ طعن ٣٤/٤٠٧ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٤٢٠ رقم ٢١٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أن تتوافر فيه أركان هذا العقد الأخير ، « وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبنيا ما بالعقد الأصل من أسباب البطلان » . وغلب الحكم إلى عدم تحول عقد باطل على حكم صحيح شتمت معين إلى عقد آخر صحيح يلتزم فيه الطرفان بتقرير أجراء الحكم ، ولكن يثير سلاح دفاع الخصوم . وهذا من الحكم قضاء سليم .



أن ينسب إليه الخطأ في ارتضائه العقد مع العيب الذى شابه . ومثال ذلك أن يلجأ ناقص الأهلية إلى طرق تدليسية<sup>(١)</sup> تفلح في أن توهم المتعاقد معه باكتيال أهليته ، ثم يقرر إبطال العقد . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع شخص ملك الغير . ثم يضطر المشتري إلى طلب إبطال البيع بعد أن يتبين حقيقة الأمر التى كان يجهلها . ومثال حالتنا كذلك أن يريد تاجر بيع سلعته بجهنين ، فيخطئ التعبير عن تلك الإرادة ، معلقاً على السلعة بطاقة تفيد أن تمثها جنيه واحد . فيأتى شخص ويرتضى شراءها بهذا السعر الأخير ، معولاً عليه ، ثم يفاجأ بأن البيع لم يقع . ومثال الحالة التى نحن بصددنا في النهاية ، أن يريد شخص حجز غرفة في فندق ليوم معلوم ، ثم يرتكب ، عند إخطار الفندق برغبته ، خطأ مادياً في تحديد هذا اليوم . في هذه الحالات ومثيلاتها ، هل يسوغ للمتعاقد الذى يضار من البطلان خالة ، كونه لم يقع به سببه ولا ينسب إليه خطأ في ارتضائه العقد المشاب به ، أن يطالب الطرف الآخر بتعويض هذا الضرر ؟ وإن كان له ذلك فعلى أى أساس ؟

قال Ihering في هذا الصدد بنظرية شهيرة : أطلق عليها نظرية الخطأ عند تكوين العقد *culpa in contrahendo* . ومؤدى هذه النظرية أن العقد لا يرتب الالتزامات التى تتولد عنه عادة فحسب . بل هو يرتب أيضاً على كل من طرفيه التزاماً بتعويض الآخر عن الضرر الذى ينجم له من جراء البطلان الذى قد يجيىء بسبب يعزى إليه ، وأن بطلان العقد ، وإن كان من شأنه أن يهدره بالنسبة للالتزامات الأولى ، فهو لا يمس بالنسبة إلى الالتزام الأخير . وهكذا يصل Ihering إلى أن المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى ناله من جراء عدم قيام الصفقة ، وذلك بناء على مسئولية العقدية التى تستمد أساسها من العقد الباطل ذاته . وقد وجدت هذه النظرية صدى خفيفاً في فرنسا : حيث رأى العلامة Saleilles إعمالها مع شيء من التحوير في أساسها ، يتركز في إرجاع

(١) والالتجاء إلى الطرق التدليسية لازم لمسئولية ناقص الأهلية ، فلا يكون منه مجرد الإدعاء بأكمل الأهلية لديه . انظر في ذلك : نفيس ١٩٧٠/٣/٣ ، مجموعة النفيس ص ٢١ من ٣٩٦ .



المسئولية العقدية عن التعويض الناتج من البطلان ، إلى عقد ضمني يقوم في نفس الوقت إلى جانب العقد الذي يقرر إبطاله . دون أن يحسم هو الإبطال : ومؤداه التزام كل متعاقد بضمان صحة العقد الذي تقرر إبطاله (١) .

ولم يكتب النجاح لنظرية Ihering : لا في ثوبها الأصيل ، ولا بعد التعديل الذي أجراه عليها Saleilles ؛ حتى أن القانون الألماني نفسه لم يأخذ بهذه النظرية إلا في تطبيقات يسيرة متفرقة .

وقد تضمنت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدي لقانوننا ما يفيد إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد عندنا (٢) . وقد حذفت هذه المادة : فلم تأت في القانون . وقد جاء ، تبريراً لهذا الحذف ، إن النظرية السابقة « نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ... » .

وليس هناك من شك في أنه لا يسوغ في قانوننا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد ، كما قال بها Ihering أو كما عدل فيها Saleilles . فهذه النظرية لا تتفق من ناحية . مع القواعد القانونية العامة . وهي من ناحية أخرى غير مفيدة . وقفهاؤنا مجمعون على ذلك .

وإذا استبعدنا ، من نطاق قانوننا ، إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تقوم على المسئولية العقدية . فليس معنى ذلك أن المتعاقدين الذين يعزى

---

(١) وتفصيل فكرة Saleilles أن المتعاقدين حينما يرتضيان العقد الذي يبرمانه ، يتفقان ضمناً على عقد آخر ، مؤداه التزام كل منهما بضمان صحة العقد الأول . فإذا أبطل هذا العقد نتيجة خطأ أحد المتعاقدين أعمل الالتزام المترتب عليه من العقد الذي استهدف به ضمان صحته . ولم تلتق هذه الفكرة نجاحاً يذكر . إذ أن القول بوجود فكرة العقد الثاني يكلفه الواقع ؛ حيث إنه يظل في السيل ألا يفكر المتعاقدان أصلاً في النتائج المترتبة على إحتمال بطلان العقد الذي يبرمانه ، ولا في طريقة تقاديرها . ثم مع افتراض وجود هذا العقد ، فإن سبب بطلان العقد الأصل يحسم بدوره ، في الكثير من الأحيان ، لاسيما إذا بنى البطلان على عدم توافر الأهلية . (٢) وقد جاءت هذه المادة تقول : « ١ - إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان ؛ فكل الطرف الذي يتصلك بالبطلان أن يرضى الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تتمتع عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ - على أنه لا محل لتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلم بسببه أو ينبغي أن يعلم به » .



إليه خطأ في وقوع البطلان يكون دائماً بمنأى عن المسؤولية . فهذه المسؤولية قد تلحقه . لا على أساس العقد ، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه . وهكذا نصل إلى أن المسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية . فكلما أمكن أن يعزى سبب البطلان إلى خطأ أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالتعويض الذي ناله بسبب عدم قيام العقد ، بشرط أن يكون من شأن الظروف الملازمة أن تسوغ له الاعتقاد في صحته .

وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة في حالة التجاء القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته . فهو إن منحه هنا حق طلب إبطال العقد . فقد ألزمه بتعويض الضرر الناشئ من فعله الخاطيء ( المادة ١١٩ ) ، وفقاً لما سبق لنا بيانه في حينه . وقد طبق المشرع هذه الفكرة أيضاً في بيع ملك الغير ، حيث قضى في المادة ٤٦٨ بأنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فالقانون يفترض فيمن يبيع ملك غيره الخطأ . حتى لو كان معتقداً أنه يبيع ملكه ، ويخول بالتالي للمشتري منه ، إذا ما حرم من الصفقة ، المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ناله بسبب ذلك ، بشرط أن يكون غير عالم بأنه يشتري ملك الغير (١) .

وإلى جانب هذين التطبيقين التشريعيين ، تعمل المسؤولية التقصيرية . في كل حالة أخرى . إذا ما توافرت فيها شروطها . فنحن نحيط ، مثلاً ، بوضع بطاقة على سلعته تفيد أنه يعرض بيعها بسعر معين يخالف ذاك الذي قصده في الحقيقة . يلتزم بتعويض الضرر الناتج لمن عول على شرائها بالسعر المعروض ، كما إذا كان قد فوت على نفسه بسببه صفقة أخرى رابحة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي أن ثبوت التعويض لمن يشتري ملك الغير نتيجة بطلان البيع هو « تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد ( مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ ص ١٩٣ ) » .

(٢) أنظر ما سبق ، فقرة ٥٤ .



ومن يخطئ في إخطار صاحب الفندق باليوم الذي قصد فيه حجز إحدى غرفه يلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ناله من جراء تعويله على قيام العقد .

### المبحث الرابع

#### نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

٢٥٢ - نظرية البطلان ، في الفقه الإسلامي الحنفي ، أكثر شمولاً وأوسع مدى منها في القانون المعاصر : بل وفي المذاهب الإسلامية الأخرى . ويرتد اتساعها فيه إلى نواح ثلاث ، تتعلق أولاً بقيام العقد ، وثانيها بنفاذ العقد ، وثالثها بلزوم العقد . ونناول هذه النواحي الثلاث واحدة تلو الأخرى .

#### ٢٥٣ - ( أ ) بالنسبة إلى قيام العقد :

لتكوين العقد تكويناً كاملاً ، يتطلب الفقه الحنفي ، كأصل عام ، المرور بمرحلتين : مرحلة الانعقاد ، ومرحلة الصحة .

فلا بد للعقد ، بادئ ذي بدء ، من أن يتعقد ؛ فإن لم يتعقد ، وقع باطلاً . وإذا انعقد ، واجه المرحلة الثانية ، وهي مرحلة الصحة ؛ فإن اجتازها ، فهو عقد متعقد وصحيح ؛ وإن لم يجتزها ، فهو عقد منعقد ؛ ولكنه فاسد .

وهكذا يجعل الفقه الحنفي عدم سلامة العقد ، المتعلقة بذات قيامه وتكوينه تزاوح بين مرتبتين : هما البطلان والفساد .

أما المذاهب الإسلامية الأخرى ، فهي لا تجعل ، بالنسبة إلى ذات قيام العقد ، ثمة تفاوتاً في عدم سلامته . فالعقد عندها إما متعقد ، وإما باطل . ولا شيء أكثر من هذا ، حتى أن اصطلاح العقد الباطل وأصطلاح العقد الفاسد يقعان فيها مترادفين <sup>(١)</sup> .

---

(١) وجاء في البدائع ( انظر البدائع - ٥ ص ٢٩٩ ) تأييداً لذلك : « وقال الشافعي رحمه الله ، لا حكم لبيع الفاسد . فالبيع عند قسآن : جائز وباطل لا ثالث لهما . والفاسد الباطل سواء ... » . انظر أيضاً : التلويح ( ٢ ص ١٢٣ ) ، حيث جاء فيه : « وعند الشافعي رحمه الله تعالى الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح » . انظر كذلك فتح القدير ، ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها .



٢٥٤- أولاً : العقد الباطل : العقد الباطل . في الفقه الحنفى ، هو ذاك الذى لا تتوافر له مقومات انعقاده . وهذه المقومات يجمعها ما يسمى : « أصل العقد » . فكل ما يخل بأصل العقد يؤدي إلى بطلانه . وهذا ما أرادت المادة ١١٠ من المحلة أن تعبر عنه ، بصدد البيع ، فجاءت تقول : « البيع الباطل ما لا يصلح أصلاً . يعنى أنه لا يكون مشروعاً أصلاً » .

ويمكن رد « أصل العقد » ، الذى يسبب الإخلال به البطلان : إلى التراضى . وإلى المعقود عليه : أو المحل كما نقول في فقه القانون المعاصر . ويدخل في التراضى : (١) توافق الإيجاب والقبول . (٢) اتحاد مجلس العقد . (٣) توافر العقل ، أى التمييز ، في كل من العاقدين . أما المحل أو المعقود عليه . فيجمع بين : (١) وجود المال (٢) أن يكون مقدور التسليم . (٣) أن يكون مالا متقوماً .

والعقد الباطل . في الفقه الإسلامى يأخذ نفس حكم العقد الباطل في القانون المعاصر . فهو والعدم سواء . ومن ثم فهو لا ينتج أثراً ما (١) ، باعتباره تصرفاً قانونياً (٢) . ولا يتصحح بالإجازة . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه . وللقاضى . بل يجب عليه ، أن يقضى ببطلانه ، ولو من تلقاء نفسه .

(١) وتطبيقاً لذلك ، جاءت المادة ٣٧٠ من « المحلة » ، في صدد البيع ، تقول : « البيع الباطل لا يفيد احكم أصلاً . فإذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل ، كان المبيع أمانة عند المشتري . فلو هلك يلا تمده ، لا يضمنه » .

(٢) ولكن انعدام العقد الباطل ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، لا يمنع من أن له من العقد صورته . ولهذا فقد يترتب على تنفيذه بعض الآثار القانونية ، ليس باعتباره تصرفاً قانونياً . ولكن باعتباره مجرد واقعة مادية . فالزواج البطل ، بعد الدخول ، يترتب عليه دره الحد واثبوت النسب ، واستحقاق المهر ، وجوب المدة . وقد اختلف ، في صدد البيع الباطل الذى يعقبه تسليم المبيع إلى المشتري ، وهلاكه بين يديه لسبب أجنبي عنه لا يده فيه ، هل تقع تيمة الهلاك على المشتري أم على البائع . وانقسم فقهاء الحنفية في ذلك لمنهجين . فريق منهم يرى في البيع الباطل المقترون بالتسليم واقعة مادية مؤداها تسليم الشيء للمشتري لتحقيق منفعة له ، فتكون يده هذا عليه يده ضمان . فان هلك ، تحمل تيمة هلاكه . والفريق الثانى لا يقيم البيع الباطل أى اعتبار . ويرى أن يده المشتري على المبيع هى يده أمانة . فان هلك ، يكون تمده منه ، ما لزمه ضمانه ، وتحمل البائع دونه تيمة هلاكه . وقد جاءت المحلة تأخذ بهذا الرأى الأخير ، وذلك في المادة ٣٧٠ منها .



٢٥٥ - ثانياً : العقد الفاسد : الفساد في البقعة الحنفى مرتبة في علم سلامة تكوين العقد ، تحيىء بعد البطلان . أما المذاهب الإسلامية الأخرى ، فهي لا تفرق بين بطلان العقد وفساده . كما بينا . وهكذا فتظريفة الفساد نظرية حنفية محضة .

بل إن الفقه الحنفى لم يقل بنظرية الفساد على وجه الإطلاق والشمول . فهو لم يطلق تطبيقها على كل التصرفات القانونية ، وإنما قصرها على بعضها دون البعض الآخر . فيخرج من نطاق هذه النظرية التصرفات القانونية التالية :  
١ - التصرفات الصادرة من جانب واحد ، أى تلك التى لاتعتبر عقوداً .  
بالمفهوم المعاصر ، كالطلاق والوقف والعتق ، والإبراء من الدين والكفالة (١) .

٢ - العقود غير المالية . كالزواج (٢) والتحكيم .

٣ - العقود التى لاتقبل الملكية والتى لاترتب الالتزامات إلا فى جانب واحد كالوديعة والعارية بغير أجر .

وإذا خرجت تلك التصرفات من نطاق دائرة نظرية الفساد ، بقيت هذه الدائرة مقصورة على العقود الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح ،

---

(١) الكفالة ، فى الفقه الإسلامى ، وبخلاف القانون المعاصر ، لا تعتبر عقداً . بل هى تصرف من جانب واحد . فهى كما تقول المادة ١٦٢ من المجلة : « تمنع وتغذ بإيجاب الكفيل وحده » .

(٢) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين يميزون مع ذلك بين الزواج الباطل والزواج الفاسد . ولكن معيار التمييز هنا لا يقوم على الاعتماد وعينه ، كما هو الشأن فى التمييز بين الباطل والفاسد بوجه عام . فكل الزواج الباطل والفاسد غير متعقد . ولكن التمييز بينهما يقوم على وجود شبهة استحلال المتعة من علمها . فالزواج الفاسد هو الذى من شأنه أن توجد فيه شبهة استحلال المتعة ، كالزواج بلا شهود ، وزواج المتعة قبل إنقضاء عدتها . والزواج الفاسد ، لكون شبهة استحلال المتعة تقوم فيه ، يرتب ، إذا ما اقترن بالدخول ، بعض الآثار . فيثبت به النسب ، ويستحق المهر ، ونجس البتة ويرتفع الحد .

أما الزواج الباطل ، فيقصد به ذاك الذى يكون فيه سبب التحريم من القوة والظهور بحيث لا تقوم فيه شبهة استحلال المتعة ، كزواج المحارم . وهو يقع بمشابة « الزنى » فلا يثبت به نسب ، ولا يستحق مهر ، ولا يرتفع منه الحد فى الراجع من الآراء .



وغيرها من العقود الملزمة للجانبين كالإيجار . أما التصرفات المستقبلية ، فلا يتراوح عدم سلامتها إلا بين الصحة والبطلان . فهي إما صحيحة ، وإما باطلة .

والعقد الفاسد بخلاف العقد الباطل ، يستتبع شروط انعقاده ، أى يتوافر فيه ركن العقد وشرائط هذا الركن : أو هو : بعبارة الفقه الحنفى ، يستحوز على كل ما يدخل فى « أصل العقد » . ولكن العقد الفاسد ينقصه . لكى يكون عقداً صحيحاً : صفة من الصفات أو وصفاً من الأوصاف . التى يستلزمها القانون فى الأمور التى تدخل فى « أصل العقد » ، التى تردت ، كما سبق لنا أن بينا . إلى التراضى والمعقود عليه . وهكذا فالبطلان جزاء لاختلال « أصل العقد » . أما الفساد . فهو جزاء لاختلال « وصف العقد » . وبعبارة الفقهاء أنفسهم ، العقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه . أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله ، دون وصفه . وقد جاءت « المحلة » متمشية مع هذه الفكرة فى تعريف البيع الفاسد ، حيث قضت ، فى المادة ١٠٩ بأنه : « البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً .. يعنى أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته ، فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية » .

والأوصاف التى يتطلب الفقه الحنفى توافرها فيما يدخل فى « أصل العقد » ، التى تكون ما يسمى فيه : « وصف العقد » ، التى من شأن تخلف أحدها أن يسبب فساد العقد ، هذه الأوصاف ، يمكن ردها إلى ستة : أولها يتعلق بالتراضى ، وهو وجوب خلوه من الإكراه . والأوصاف الباقية تتعلق بالخل أو المعقود عليه . وهى الخلو من الجهالة الفاحشة والغرر . والضرب والربا والشرط الفاسد . وهكذا نرى أن الإكراه (١) : والجهالة الفاحشة

(١) الإكراه سبب للفساد فى رأى الراجع فى الفقه الحنفى . وهو ما يقول به الامام وصاحبه . أما زفر ، فىرى فى الإكراه سبباً لاعتبار العقد موقوفاً على اجازة المكروه ، وليس فاسداً . أما « المحلة » فلم تصرح ، فى باب الإكراه ، بأثره على العقد مكتفية بالقول بأن العقد يقع « غير معتبر » ( المادة ١٠٠٦ ) ، وإن كنا قد فسرنا ذلك على أنه يبنى فساد العقد ( انظر مؤلفنا : مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى نبعة ١١٧ ) . وهذا هو بالفعل ما صرح به « المحلة » بصدد الإيجار ، حيث جاءت المادة ٤٤٨ تقول بأنه يشترط لصحة الاجارة « رضا المأقدين » . والمقصود بالرضا هنا هو المعنى الخاص فى الفقه الإسلامى ، أى ارتياح المأقد إلى ما أرادته ، نتيجة صدور ارادته عن طواعيه واختيار ، وليس عن قسر وإكراه .



والفرق (١) ، والربا ، والشرط الفاسد ، تنهض في الفقه الحنفى ، أسباباً  
لفساد العقد ، في حين أنها ، بوجه عام ، تنهض أسباباً لبطلان . في  
المذاهب الإسلامية الأخرى .

٢٥٦ - أثر العقد الفاسد : وإذا فرغنا من الحالات التي يقع فيها العقد  
فاسداً في الفقه الحنفى ، لتحديد حكمه فيها ، وجدنا هذا الحكم ، في العقود  
التي تقتضى تسليم المعقود عليه كالبيع ، يختلف باختلاف ما إذا كان هذا  
التسليم ، أو القبض كما يسمى في الفقه الإسلامى ، قد تم ، أو لم يتم .

٢٥٧ - أثر العقد الفاسد قبل القبض : العقد الفاسد ، قبل القبض .  
لا ينتج أى أثر على الإطلاق . فبرغم أنه منعقد ، وله بالتالى وجود قانونى ،  
إلا أن وجوده هذا يبلغ من الضعف حداً بحيث إنه ، بذاته وبمجردده . وقبل  
أن يدعم بالقبض ، لا ينتج أى أثر ، ويكون بمثابة العدم ، شأنه في هذا شأن  
العقد الباطل تماماً . فالبيع الفاسد ، مثلاً ، قبل تسليم المبيع إلى المشتري .  
لا يترتب عنه أى التزام لا على البائع ، ولا على المشتري ، ويجوز لكل من  
منهما التمسك بفسخ (٢) العقد (٣) ، إن صراحة وإن دلالة ، وللقاضى ،

(١) والفرق المفسد العقد هو ذلك الذى يتعلق بوصف في الشيء أو في مقداره ، كما إذا  
باع شخص بقرة على أنها حامل ( فهنا يوجد فرق في الوصف ، إذ قد لا تكون البقرة حاملًا ) ،  
أو على أنها تدر كذا زطلا من اللبن ( فهنا فرق في المقدار ، إذ قد لا تدر البقرة كل اللبن  
المحدد ) . أما الفرق في أصل وجود المعقود عليه فيقضى إلى بطلان العقد كلية . إذ التصاقه يعتبر هنا  
وارداً على معلوم . والعقد الذى يرد على المعلوم باطل . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص الفرس  
الذى في بطن أمه ، أو أن يبيع الصادق ضرباً من شجرته ، أى ما عساه أن يصطاده بها ، أو أن يبيع  
الفاصل ثمرة فوصته .

(٢) يستعمل الفقهاء هنا اصطلاح « فسخ العقد » للدلالة على إزالة العقد الفاسد . وهو استعمال  
لا يتشبه مع مدلول الفسخ في فقه القانون المعاصر ، الذى يعنى حل الرابطة في العقد الصحيح .  
ويبدو أن فقهاء الحنفية يستعملون هنا اصطلاح الفسخ نتيجة تأثرهم بفكرة أن العقد الفاسد هو  
عقد منعقد ، أى أن له وجود قانونى . وبهذه المثابة يكون لاصطلاح « الفسخ » هنا مدلول يقارب  
مدلول اصطلاح « الإبطال » في قانوننا المعاصر .

(٣) بل إنه يبدو أن طلب فسخ العقد الفاسد يمثل أمراً متغرباً إليه ديانة ، اعتباراً بأن إبرام  
العقد الفاسد معصية ، على المائدة النبوية منه بقسمته ( انظر في ذلك البحر الرائق ص ٩١ ) .



بل عليه ، أن يحكم بفسخ العقد الفاسد ، ولو من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لا يتصحح بالإجازة <sup>(١)</sup> أبداً <sup>(٢)</sup> . وعلى العموم ، يأخذ العقد الفاسد ، قبل القبض ، حكم العقد الباطل . هذا هو حكم العقد الفاسد قبل القبض في الفقه الحنفي . وقد أقرته « المحلة » في المادة ٣٧١ منها <sup>(٣)</sup> .

٢٥٨ — أثر العقد الفاسد بعد القبض : العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض ، أي بتسليم الموقوف عليه ممن يلتزم به إلى العاقد الآخر <sup>(٤)</sup> . وهذا هو جوهر نظام العقد الفاسد في الفقه الحنفي ، وهو الذي يميزه عن العقد الباطل .

وليس معنى قولنا إن العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض أنه يصير صحيحاً . فهو يظل فاسداً . كل ما هنالك أن أثر فسادہ يخف . ومظهر استمرار الفساد أنه يبقى ، كعقادة عامة ، لأى من العاقلين التمسك بالفسخ . على حسب الرأى الراجح في المذهب الحنفي <sup>(٥)</sup> . ووفقاً لما تقتضي به المحلة (المادة ٣٧٢) .

أما مظهر دعم العقد الفاسد بالقبض فيتركز في أنه يفيد حكمه وينتج أثره . فالبيع الفاسد ، بعد تسليم المبيع للمشتري ، ينقل الملكية لهذا الأخير . وإذا هلك بين يديه ، تحمل تبعه الهلاك . وفي ذلك تقتضي المادة ٣٧١ من المحلة بأنه : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض . يعنى أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له . فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري ، لزمه الضمان . يعنى أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله ، وإذا كان قيماً لزمته قيمته يوم قبضه » .

(١) انظر البهائي ، ج ٥ ص ٣٠١ .

(٢) ومن ثم يجوز العاقد أن يتمسك بفسخ العقد الفاسد ، ولو كان قد سبق له أن تنازل عن حقه في ذلك . وإذا مات العاقد ، كان لوارثه أن يتمسك بفسخه مكانه .

(٣) جاءت المادة ٣٧١ من « المحلة » تقول في صدرها : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض » . فمفهوم المخالفة ، تقيد أن البيع الفاسد لا ينتج أثراً قبل القبض .

(٤) والمقصود بالقبض هنا هو ذلك الذي يحصل طوعية واختياراً . فيلزم في البيع ، مثلاً ، أن يتم تسليم المبيع إلى المشتري برضاه البائع .

(٥) على أنه إذا كان فساد العقد راجعاً إلى تفضته شرطاً غير جائز شرعاً ، فإن الرخصة في التمسك بالفسخ لا تبقى إلا إلى الوقت الذي يزول فيه سبب الفساد .



بيد أن الملكية التي تنتقل بمقتضى العقد الفاسد المقرن بالقبض ، يبعاً كان أم هبة أم صلحاً أم غيرها ، ليست هي الملكية العادية التي ترتب بمقتضى العقد الصحيح . فهي ملكية من نوع خاص . هي ملكية تعلى صاحبها مكتة التصرف ، دون مكتة الانتفاع . فليس للمشتري بعقد فاسد أن ينتفع بالمبيع . فلو كان المبيع قيصاً ، مثلاً ، ماحق له لبسه ، وإن كان جارية ، ماثبت له حل وطبها . أما التصرف في الشيء ، فتعطيه الملكية الناتجة عن العقد الفاسد ، سواء أكان هذا التصرف قانونياً أم مادياً . فيجوز للمشتري ، بمقتضى البيع الفاسد ، بعد أن يقبض المبيع ، أن يتصرف فيه ، بأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه . مثلاً ، ويبيع هذا التصرف منه صحيحاً . ولا يسوغ للبائع الأصلي بعد أن يتصرف المشتري في المبيع إلى مشتر ثان ، مثلاً ، أن يسرده من هذا الأخير ، الذي ثبتت له ملكية تامة ، شاملة للانتفاع والتصرف معاً ، على فرض أن عقده هو صحيح ، وليس فاسداً . وكما يجوز لمكتسب الملكية بمقتضى العقد الفاسد المقرن بالقبض أن يتصرف في الشيء تصرفاً قانونياً من بيع ونحوه ، فيجوز له كذلك ، أن يجزى فيه التصرفات المادية التي تغير من ذاته . كالقمح يصير دقيقاً ، أو تغير فقط من صورته ، كإقامة بناء على الأرض الفضاء أو غرس الأشجار فيها أو حتى تعمير دار مخربة . فإذا حصل تصرف مادي من هذا القبيل ، ثبتت الملكية التامة لمن كان قد كسبها بالعقد الفاسد ، وبطل حق المالك الأصلي في فسخ العقد ، واستحال عليه بالتالي استرداد الشيء .

خلاصة كل ذلك أن العقد الفاسد ، إذا كان بطبيعته ناقلاً للملك ، كالبيع والهبة ، واقرن بالقبض الاختياري ، فإنه ينقل ، إلى المتصرف إليه ، ملكية من نوع خاص ، تخول التصرف دون الانتفاع . ويطلق الفقهاء على هذا النوع من الملكية التي تثبت بمقتضى العقد الفاسد اصطلاح « الملكية الخبيثة أو الملك الخبيث » (١) .

(١) ولا جدال في غرابة هذا النوع من الملكية ، فهي ، من ناحية ، تشمل من عناصر الملكية تصرف ، وهو الأكثر ، دون أن تتضمن الأقل ، وهو الانتفاع . وهي ، من ناحية ثانية ، تتيح لصاحبها أن ينقل إلى غيره ملكية تامة ، في حين أنها ، هي في ذاتها ، ملكية ناقصة أو =



وقد جاء في « المحلة » ما يؤيد أنها تأخذ بالرأى الراجح في الفقه الحنفي ، ومؤداه أن العقد الفاسد المقرن بالقبض لا يمنح إلا ملكية خبيثة ، مقصورة

سخرية . كما يقولون . وهكذا نرى الشخص يعطى من الحقوق أكثر مما له ، في حين أن القاعدة أن فائدة الشيء لا يعطيه ، وأن الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما له . ومع ذلك فهذا النوع من الملكية يلعب دوراً بالغ الخطورة والأهمية ، وذلك على الأصغر في مجال حماية الغير الذين يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة ، كمن يشتري منه الشيء أو يرهنه . فهؤلاء الغير يرون أنفسهم في مأمن تام من نتائج فساد عقد السلف . إذ لا يستطيع من ملك هذا السلف ( كالبائع له مثلاً ) أن يسترد الشيء من بين أيديهم ، استناداً إلى فساد العقد . وتبرز أهمية هذه الحماية للغير ، إذا علمنا أن أسباب فساد العقود كثيرة ، تحت ظل الفقه الإسلامي الحنفى ، تجمع بين الأسباب العامة التي يبتناها في المتن ، والأسباب الخاصة بالفساد في كل عقد على حدة . وكثيراً ما يجعل الغير بوجود سبب منها يشوب عقد من يتعاملون معه . ثم أن أسباب الفساد ترجع ، كما سبق لنا أن بيناه في المتن ، إلى مجرد أوصاف تلحق العقد أو « وصف العقد » كما يقولون . ومن ثم كثيراً ما تدق على الغير معرفة هذه الأسباب ، بل كثيراً ما تدق هذه المعرفة حتى على العاقلين أنفسهم . من هنا وهناك ، كان الغير الذين يتعاملون مع مكتسب الملكية بعقد فاسد ، أى صاحب « الملكية الخبيثة » ، كما يقولون ، في حاجة ماسة للحماية . ونجيه نظرية فساد العقد ، في الفقه الحنفى ، توفر تلك الحماية لهم . بل إنها ، على ما يبدو ، تسرف في إغشاء الحماية عليهم ، لأنها لا تفرق ، وفق ما استبان لنا من كتابات الفقهاء ، بين الغير حسن النية ، أى الذين يجهلون سبب الفساد ، والغير سيئ النية ، أى أولئك الذين يعلمون بفساد عقد ملكهم .

على أية حال ، لا يملك المصنف إلا أن يعنى هامته إجلالا وتقديراً لفقه الإسلامى ، ومثلاً في الفقه الحنفى ، حيث عمد ، من أكثر من اثني عشر قرناً من الزمان ، إلى غاية بالغة السمو ، وهي حماية الغير ، استقراراً لمعاملات بين الناس ، وإن كان ذلك في حيز محدود مقصور على من يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد ، وإن كانت الوسيلة التي استعملت يمكن أن يقال عنها إنها لا تبلغ حد الإيقان ، من حيث تمسحها مع أصول الفن الحديث في الصياغة .

بل إن عبقرية الفقه الإسلامى تبرز بشكل أوفى ، إذا لاحظنا أن في الفقه المالكي انجهاً واضحاً نصير الحماية على الغير الذي يتعاملون مع شخص يكون قد توصل إلى الشيء نتيجة عقد باطل ، بمعنى العام الشامل لاصطلاح البطلان ( انظر في ذلك دردير الدبوق ، الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٧٠ وما بعدها - ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ - وانظر أيضاً Linant de Bellefonds نبذة ١٣٤ .

وأياً ما كان الأمر ، فإن عبقرية الفقه الإسلامى ، في المجال الذي نحن بصدده لا يمكن أن تقدر حق قدرها ، إلا إذا لاحظنا أن الفقه الأوربي ، لم يمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته لشيء الذي يتعاملون معه فيه ، إلا في وقت متأخر جداً ، يبعد بأكثر من اثني عشر قرناً من الزمان وذلك بمقتضى نظرية أعطت تشكك في احتيايا القانون المعاصر ، وإن كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام . وهذه هي نظرية المظهر الخادع بمعنى المخبوع ، أو كما يقال عادة ويهارة أكثر شيوعاً وإن كانت أقل دقة ، المثلث الشائع يوزله الحق error communis facit jus .



على التصرف دون الانتفاع . فقد وردت المادة ٣٦٦ منها تقضى بأنه : « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض . يعنى يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ » وجاءت المادة ٣٧٢ . بعد أن بينت أنه لكل من العاقلين في البيع الفاسد أن يفسخه ، تقول : « ... إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو هبة من آخر ، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله ، كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً ، أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً ، بطل حق الفسخ في هذه الصور » .

هكذا يظهر أن العقد الفاسد ، بعد القبض ، لا يصبح كالعقد الصحيح . فالقبض لا يظهر العقد الفاسد من فساده تطهيراً تاماً . فهو يقتصر على أن يمنحه بعض القوة وليس كلها . فهو إن كان من طبيعته أن يتقل الملك كالبيع ، إلا أنه لا يعطى إلا ملكية خيثة . محدودة بالتصرف ولا تشمل الانتفاع . ثم إن العقد الفاسد ينطوي على ناحية أخرى من نواحي الضعف . فإذا تعذر رد الشيء . حتى في الأحوال التي يبطل فيها حق الفسخ نتيجة إجراء التصرف . فلا يستحق المالك الأصلي (البائع في العقد الفاسد مثلاً) البذل المسمى في العقد وإنما يستحق قيمته . أي ثمن المثل . فإذا باع شخص أرضاً ، مثلاً ، وكان البيع فاسداً . وتسلمها المشتري . ثم باعها هذا الأخير إلى ثالث أو بنى عليها داراً ، وتعذر بذلك على البائع الأصلي فسخ العقد الفاسد واسترداد الأرض : فإنه يحق له : في مقابلها ، أن يطالب المشتري بقيمة الأرض عند القبض ، لا الثمن المسمى في العقد . وكذلك الشأن تماماً . لو هلك المبيع في يد المشتري (المادة ٣٧١ مجلة ) .

#### ٢٥٩ - (ب) بالنسبة إلى نفاذ العقد :

وأينا أن العقد ، في الفقه الحنفي يمر . وهو في سبيل اكتمال تكوينه ، مرحلتين : مرحلة الانعقاد ، ومرحلة الصحة . فما لا يجتاز مرحلة الانعقاد . فهو باطل . وما يجتازها ، فهو منعقد . والعقد المنعقد يواجه المرحلة الثانية ، وهي مرحلة الصحة . فإن لم يجتازها ، فهو فاسد . وإن اجتازها فهو صحيح .



ولكن هل يكفي مرور العقد بمرحلة الصحة ، حتى يفلح في إنتاج آثاره ؟  
القانون المعاصر يجيب بنعم . حيث إن آثار العقد ، تحت ظله ، ترتب  
عنه بمجرد قيامه ، أي بمجرد توافر أركانه . وبعبارة أخرى بمجرد انعقاده ،  
حتى لو كان ينطوي على سبب يصلح لإبطاله . مادام هذا الإبطال لم يقض به  
بالفعل . وهو لا يرتب آثاره بداهة ، إلا بين عاقيه . فهو لا يرتب آثاراً ما  
في مواجهة غير عاقيه ، طالما ظلوا أجنب عنه ، لم يشتركوا فيه بإقرارهم إياه .  
أما الفقه الحنفى ، فلا يسمح للعقد دواماً أن يرتب آثاره ، بمجرد أن  
يكون منعقداً وصحيحاً . ومن هنا كان انقسام العقود . بالنسبة إلى إنتاج آثارها  
إلى عقد نافذ وآخر موقوف .

فالعقد النافذ هو الذى ينتج آثاره ، أو هو ذاك الذى يفيد حكمه ، كما  
يقول فقهاء الشريعة . أما الموقوف فهو كما يدل عليه اسمه ، ذاك الذى  
تكون آثاره غير نافذة الآن ، وتتطلب لتنفيذها حصول إجازة العقد .

ونظام العقد الموقوف ، يقول به الفقه الحنفى ، والفقه المالكي ، ولا يأخذ به  
الفقه الشافعى . كما أنه لا يأخذ به أيضاً الفقه الحنبلى فى مجموعه <sup>(١)</sup> . وقد  
جاءت « المحلة » وهى كما نعلم ، تكاد تكون مجرد تقنين للراجح فى الفقه  
الحنفى . تأخذ بدورها بنظام العقد الموقوف . وجاءت المادة ١١١ منها ،  
بصدد البيع . تقول : « البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير ، كبيع  
الفضولى <sup>(٢)</sup> » . ثم جاءت المادة ٣٧٧ تقول : « المبيع الموقوف . يفيد  
الحكم عند الإجازة » .

---

(١) فهناك رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، يأخذ فيها بنظام العقد الموقوف .

(٢) يقصد ببيع الفضولى ، فى ظل الفقه الإسلامى ، ما تطلق عليه نحن ، فى لغة القانون  
المعاصر ، « بيع ملك الغير » . ويجب التحرز من الخلط بين مدلول اصطلاح « الفضولى »  
فى لغة فقهاء المسلمين ومدلوله فى لغة القانون المعاصر . فالفضولى فى لغة الأولين من الفضول أى  
المتفضل ، فى حين أنه الفضولى « أو » الفضالة « فى لغة القانون المعاصر أريد لها أن يكونا من  
الفضل ، اعتباراً بأن الفضالة تمثل فى قيام الشخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر ، دون  
أن يكون ملزماً بذلك قانوناً ( المادة ١٨٨ ) . وشأن بين الفضل والفضول .



ويمكن رد أسباب وقف العقد ، في الفقه الجنتي وفي « المجلة » : إلى أمرين أساسيين : نقص الأهلية ، وتعلق حق الغير .

فالعقد الذي يبرمه ناقص الأهلية ، وهو الصبي المميز والمعتوه (١) ، ثم السفیه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، إذا كان دائراً بين النفع والضرر (٢) كالبيع والإيجار ، يقع موقوفاً على إجازة الولي ( انظر المادة ٩٦٦ مجلة بشأن الصغير المميز ، والمادة ٩٧٨ مجلة بشأن المعتوه ، والمادة ٩٩٣ مجلة بشأن السفیه ) . وذلك بخلاف العقد الذي يبرمه عديم التمييز ، وهو الصبي غير المميز ، إذ هو باطل أصلاً .

وإلى جانب العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية ، يقع موقوفاً كل عقد يبرمه شخص ، ويكون من شأنه أن يؤثر في حق متعلق بالغير . إذ هو يقع هنا موقوفاً على إجازة هذا الغير . ومثال ذلك بيع الفضولي ( بالمعنى الإسلامي لكلمة الفضولي (٣) ) ، أو بيع ملك الغير . كما نقول في لغة القانون المعاصر ، إذ هو يقع موقوفاً على إجازة صاحب المال (٤) . (المادة ٣٧٨ مجلة ) . ومثال ذلك أيضاً بيع الراهن الشيء المرهون . يقع موقوفاً على إجازة المرتهن ، وبيع الشيء المؤجر . حيث يقع موقوفاً على إجازة المستأجر . ومثال ذلك ، في النهاية ، بيع النائب الذي يتجاوز به حدود نيابته ، فهو يقع موقوفاً على إجازة الأصل .

(١) المصود في ظل الفقه الإسلامي الحق ناقص الأهلية وليس عديهما . وهو في ذلك يتخالف مع المجنون الذي هو عديم الأهلية ، وإن كانا يتفقان في أنهما محجور عليهما لذاتهما ، أي لمجرد قيام حاله المتم أو المجنون ، وبغير حاجة إلى حكم القاضي . أما في قانوننا المصري ، فالمتوه يأخذ حكم المجنون في أن كلاهما يعتبر عديم الأهلية ، وإن كان ذلك لا يقع ، كأصل عام ، إلا بقضاء القاضي بتوقيع الحجر عليهما .

(٢) أما إذا كان عقد ناقص الأهلية ناقصاً له نفساً محضاً كان صحيحاً وناظراً بدون حاجة إلى إذن ولية . وإذا كان ضاراً به ضرراً محضاً ، فهو باطل أصلاً .

(٣) راجع ما سبق ص ٥١٦ هامش (٢) .

(٤) ويشترط هنا لإجازة بيع الفضولي ، أن يكون كل من البائع والمشتري والمميز والشيء المبيع قائماً عند الإجازة . فإذا مات أحد هؤلاء الأشخاص ، أو هلك المبيع ، ما صحت الإجازة ، وانفسخ البيع ( انظر في ذلك الملحق ٣٧٨ من « المجلة » ) .



والعقد الموقوف ، في فترة إيقافه ، لا ينتج أثر أما ، برغم أنه منعقد وصحيح . وهو على ما يبدو ، يكون موقوف الأثر . ليس فقط بالنسبة إلى العاقد الذي قام به سبب الإيقاف ، بل أيضاً بالنسبة إلى العاقد الآخر . فإذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية ماله ، ووقع بيعه بالتالي موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه ، ساعً له ، إذا ما طالبه المشتري بتنفيذ البيع ، أن يدفع بوقوفه . طالما أن إجازة وليه لم تلحقه . وكذلك الشأن تماماً بالنسبة إلى المشتري ، لو طالبه البائع بدفع الثمن ، مثلاً .

ويلاحظ الفرق الأساسي بين العقد الموقوف . في الفقه الإسلامي وبين العقد القابل للإبطال في القانون المعاصر . فغهما ليسا صنوعين . بل يكادان أن يكونا ضدّين . ففي حين أن العقد الموقوف لا ينتج أثره حتى يجاز ، فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره إلى أن يبطل . فالإجازة ، في العقد الموقوف ، هي التي تجعله ينتج آثاره ، ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج أثره فهو ينتج ذلك الأثر قبلها ، ومن يوم انعقاده . وتقتصر الإجازة بالنسبة إليه ، على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يهدده .

#### ٢٦٠ - (ج) بالنسبة إلى لزوم العقد :

رأينا أن العقد ، في الفقه الحنفي وفي المجلة ، لكي يصل إلى إنتاج أثره ، أو إفادة حكمة كما يقولون ، يلزم أن يمر بثلاث مراحل : الانعقاد والصحة والنفاذ . ولكن هل معنى ذلك أن العقد ، إذا مر بهذه المراحل الثلاث . يعتبر أنه قد وصل إلى الذروة في مراتب العقد ؟ الجواب : لا .

فهناك لذلك مرحلة رابعة وأخيرة . تلك هي مرحلة الزوم . ويقصد بفكرة « الزوم » في العقد ، على وجه العموم ، الحالة التي يكون فيها العقد مستعصياً على أن يتفرد أحد العاقلين ، برغم إرادة الآخر ، بنقضه أي فسخه . ولما كان الفقه الإسلامي يقيم بالكثير من السخاء من حيث منح أحد العاقلين أو كليهما على حسب الأحوال ، الرخصة في فسخ العقد بعد انعقاده ، أو منحه « الخيار » في ذلك ، كما يقولون ، فإنه يمكن تعريف العقد اللزوم ، على نحو ما تقول به



المجلة بأنه العقد العارى عن الخيارات <sup>(١)</sup> فهو العقد الذى لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد انعقاده <sup>(٢)</sup>.

والخيارات التى يثبت بمقتضاها لأحد العاقدين الرجوع فى العقد بعد انعقاده ، والتى يترتب بالتالى على وجود أحدها أن يصير العقد غير لازم ؛ هذه الخيارات كثيرة ، فى الفقه الإسلامى بوجه عام ، وفى المجلة بوجه خاص ، أهمها خيار الشرط <sup>(٣)</sup> ، وخيار الوصف <sup>(٤)</sup> ، وخيار البند <sup>(٥)</sup> ، وخيار الرؤية <sup>(٦)</sup>.

المادة ١١٤ من مجلة

(١) انظر المادة ١١٤ من مجلة .

(٢) راجع المادتين ٣٧٥ و ٣٧٦ من المجلة .

(٣) انظر فى خيار الشرط فى عقد البيع ، المجلة ، المادة ٣٠٩-٣٠٠ .

(٤) انظر ، فى خيار الوصف فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٢-٣١٠ .

(٥) انظر ، فى خيار البند فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٣-٣١٤ .

(٦) انظر ، فى خيار الرؤية فى البيع ، المجلة ، المادة ٣٣٥-٣٣٤ .



# الباب الثاني

## آثار العقد

٣٦١ - تناولنا ، في الباب الأول ، قيام العقد . وتبيننا أنه يلزم لذلك أن تتوافر له أركانه ، وهي الرضاء والمحل والسبب ، فضلا عن الشكل في العقود الشكلية . والقرض الآن أن العقد قد قام صحيحاً . وإذا قام العقد ، تمت له بالتالي مرحلة ميلاده ، واجه بالضرورة المرحلة الثانية من مراحل مصيره ، وهي مرحلة حياته . وتركز حياة العقد في إنتاج آثاره . ونحن نعلم هنا إلى تحديد تلك الآثار .

وتركز آثار العقد في وجوب إعمال ما جاء فيه . فإن قضى العقد بإنشاء التزامات معينة في ذمة كل من طرفيه أو في ذمة أحدهما فحسب ، قامت هذه الالتزامات ، وإن قضى العقد بتعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهاؤها ، أعمل فيها قضاؤه . والقانون في ذلك كله لا يفعل أكثر من تقريره إلزام ما يتضمنه العقد من أحكام ، بإحاطتها بالجزء الذي يكفل احترامها . وهذا ما يطلق عليه القوة الملزمة للعقد .

يبد أن هذه القوة الملزمة لا تكون بالضرورة إلا بالنسبة لطرفي العقد . ومن يخلقهم في حقوقهم . ومن هنا نشأت قاعدة انقصار آثار العقد على عاقلديه وخلفائهما ، أو قاعدة نسبية آثار العقد .

نما سبق بين أن آثار العقد تدور حول فكرتين أساسيتين : القوة الملزمة للعقد ، ونسبية آثار العقد . يبد أن دراسة هاتين الفكرتين تستلزم اليده بتحديد مضمون العقد ، أي ما يتضمنه من أحكام . ثم إن تلك الدراسة تتطلب أن نعرض ، في نهايتها ، لتنفيذ العقد ، لتحديد طريقة أداء الالتزامات التي من شأنه أن يولدها ، من وجه ، وليبان الجزء المرتب على عدم قيام المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ، من وجه آخر .

هكذا يرتسم أمامنا منهاج دراسة هذا الباب ، على أساس انقسامه إلى فصول أربعة : يحدد أولها مضمون العقد ، ويبحث ثانياً القوة الملزمة للعقد ، ويتناول ثالثاً نسبية آثار العقد ، ويعرض رابعاً لتنفيذ العقد .



## الفصل الأول

### مضمون العقد

٢٦٢ - لتحديد مضمون العقد ، يلزم بادئ ذي بدء أن نعرف معنى العبارات التي يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات أو بعضها غامضة مبهمه . وهنا يلزم التفسير لاستجلاء المعنى . وبعد أن يظهر لنا المعنى المقصود من عبارة العقد ، يلزم أن نحدد ما يتضمنه من أحكام . هكذا يلزمنا هنا أن نتكلم في تفسير العقد ، ثم في تحديد مقدمونه .

### المبحث الأول

#### تفسير العقد

٢٦٣ - إذاثار نزاع بشأن تنفيذ العقد ، وجب بادئ ذي بدء ، أن نحدد معناه . واستخلاص معنى العقد يكون بتحديد ما قصدته الإرادة المشتركة لعاقديه . فما ترصيه إرادة أحد الطرفين وحدها لا يعتبر من أحكام العقد . والإرادة المشتركة لطرفي العقد أمر معنوي . ولكنه يستخلص أساساً من عبارة العقد ، فضلاً عن الظروف والملايسات التي تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد ، من حيث إنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، وبالتالي المعنى المقصود من العقد ، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين : فهي إما أن نجحى واضحة في الدلالة على ما قصدته منها الإرادة المشتركة ، وإما أن نجحى متسمة في ذلك بغموض . وتتناول كلا من هاتين الحالتين على التوالى :

#### ٢٦٤ - (أ) وضوح عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة ما كانت في حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضي ، كأصل عام ، أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها ، دون أن ينحرف عنه . وقد جاءت المادة ١٥١ في فقرتها



الأولى ، تملئ هذا الحكم ، قاضية بأنه : ١ - « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها لتتوافق على إرادة المتعاقدين »<sup>(١)</sup> . وهذا الحكم من المشرع تقنين للقاعدة الشرعية : التي تضمنتها المادة ١٤ من المحلة ، والتي تقول إنه : « لا ماساغ للاجتهاد في مورد النص » .

على أنه لا يكتفى ، لاعتبار العبارة واضحة ، وبالتالي في غير حاجة إلى تفسير ، أن تكون واضحة في ذاتها . وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصده الإرادة المشتركة منها . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ومع ذلك يكتشفها الغموض والإبهام بالنسبة إلى حقيقة مدلولها . ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد ، كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو مائة ، ثم جاء في مكان آخر منه أن الثمن هو ثمانون . فالعبارتان السابقتان واضحتان ، لو نظرنا إلى كل منهما على حدة . ولكن بتقريب إحداها من الأخرى ، يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما . وهنا نكون في حاجة إلى تفسيرهما<sup>(٢)</sup> ، لتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة : إن كان لنا إلى ذلك سبيل .

#### ٢٦٥ - (ب) غموض عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها ، أو كانت متسمة في ذلك بلبس ، بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الالتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غامضها ، وتحديد حقيقة مدلولها .

وتفسير العقد يناط أصلاً بالقاضي . والقاضي ، حينما يفسر العقد :

---

(١) وهذا الحكم تقنين لقاعدة الشرعية القاضية بأنه « لا ماساغ للاجتهاد في مورد النص » ، والتي تضمنتها المحلة في المادة ١٤ منها .

(٢) راجع في الحالات التي يكون فيها الشرط محتاجاً إلى التفسير برغم وضوح ذات ألفاظ عبارته : نقض فرنسي عرائض ١٥ أبريل ١٩٢٦ ، D.H. ، ١٩٢٦ ص ٣١٧ - نقض إجتماعي ١١ يونيو ١٩٤٢ ، D.C. ، ١٩٤٢ ، ١٣٥ وتطبيق Flour . وانظر أيضاً : نقض فرنسي تجازي ١٩٦٩/١/٧ ، Sem. Jur ١٩٦٩ ، ٢ ، ١٩٦٩ ، ٢٤١ ، ١٦١٢١ وتطبيق Prieur .



يستهدف البحث عما قصده الإرادة المشتركة لطرفيه <sup>(١)</sup> . وهو يقتضي هذه الإرادة المشتركة في العقد من مجموع وقائمه وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته ، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصداه والمعادن الجارية وما ينبني أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وفي ذلك تقتضي المادة ١٥٠ / ٢ بأنه : « ٢ - أما إذا كان هناك عمل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبني أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري للمعاملات » .

فعل القاضى ، وهو في سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، عن طريق تفسير عبارات العقد الغامضة ، أن يدخل في اعتباره مجموع وقائع العقد ومجموع عباراته وشروطه أو بنوده . فالعقد كل لا يتجزأ ، ثم إن عبارات العقد وبنوده قد يفسر بعضها بعضاً <sup>(٢)</sup> . على أنه أياً ما كان الأمر ، فإن مجيء عبارة العقد على نحو معين ، يقتضى وجوب إعمال الظاهر الثابت فيها ، إلى أن يثبت ما يدعو إلى العلول عنه ، وبشرط أن تبين المحكمة في حكمها الأسباب التي دعبتها إلى عدم الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارة ، وأن تكون هذه

---

(١) وإذا كان تفسير العقد يقوم على استخلاص ما قصده الإرادة المشتركة لطرفيه ، فإنه يمثل أمراً من أمور الواقع ، وبالتالي يدخل في السلطة التقديرية لبقاض الموضوع ، من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض . انظر في ذلك ما سبقه ، نبذة ٢٦٧ .

(٢) انظر تقضى ١٠/٢/١٩٦٦ طعن ٣٢/١٤٤ مجموعة التقضى ص ١٧ ٥٧٠ رقم ٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « لا يجوز للمحكمة ، وهي تمالج تفسير المحررات ، أن تقطع بما تقيده عبارة معينة من عبارات المحرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تقيده العبارات بأكملها وفي مجموعها . فإذا كان الحكم المعلوم فيه قد وقف عند الشك الأول من العبارة . . . دون احتيار لما يكملها من عبارات تنقص من معناها وحقيقة المقصد منها ، فإنه يكون قد خالف قواعد التفسير وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويبتعد حسناً لها » . وانظر في نفس المعنى : تقضى ٩/٦/١٩٦٦ طعن ٣٩٤/٣١ مجموعة التقضى ص ١٧ من ١٣٥٠ - رقم ١٨٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن « عبارات المحرر يكل بعضها بعضاً وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تقيده جميع عباراته مجتمعة ، لا بما تقيده عبارات معينة منها » .



الأسباب سائغة ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور <sup>(١)</sup> .

وينبئ على القاضي ، وهو في مجال التفسير ، ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد وعباراته . فالعبرة في العقود ، كما هي في غيرها ، بالمقاصد والمعاني ، وليست بالألفاظ والمباني .

ثم إن على القاضي أن يستهدي ، في تفسير العقد ، بطبيعة التعامل وما ينبئ أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

هذه هي بعض الأمور التي حرص المشرع على أن يوجه نظر القاضي إليها ليستهدي بها وهو يصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لا تملأ أن تكون مجرد إرشادات يقدمها المشرع للقاضي لمساعدته في التفسير . وهي من بعد ليست كل الإرشادات التي يمكن للقاضي أن يستعين بها <sup>(٢)</sup> . والمشرع :

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٣/٦/٢١ ، مجموعة النقض س ٥٤ ص ٩٥٣ - نقض ٥٨/٦/١٩ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٧١ رقم ٧١ - نقض ١٩٦٤/٥/٧ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٥١ رقم ١٠٤ . وقد قضى بأنه إذا ألزم الحكم المعنى الظاهر لعبارة الشرط باعتبار أنه هو قصد المتعاقدين ، فإنه لا تكون ثمة ضرورة لإيراد أسباب أخرى تبرر الأخذ بالمعنى الظاهر ، إذ أن محل ذلك أن تكون المحكمة قد عدلت عن المعنى الظاهر إلى غيره (نقض ١٩٦٢/٢/١٥) .

١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٥٩ رقم ٤٠ . وانظر كذلك نقض ١٩٨٢/١/٢٨ طعن ٢٨/١٢٢٧ ع ٢٨ ص ١٣٧ رقم ٨ ص ٦٦ ع ٧٧ ص ٨ ص ٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم ، بعد أن يحمل القاعدة القاضية بأن محكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير صيغ العقود والشروط المختطف عليها بما تراه أولى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وحلايلها ، جاء الحكم بعد تسجيل القاعدة السابقة ، يقول إن محكمة الموضوع بسلطانها التقديرية في تفسير صيغ العقود « أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختطف على معناها ، طالما أنها قد بينت في أسباب حكمها لم عدلت عن الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي ائتمت به ودرجعت بأنه مقصود المتعاقدين » . بحيث يتضح محكمة النقض من هذا البيان أن محكمة الموضوع قد اعتصمت في تأويلها لها على اعتبارات مقولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها .

(٢) من الأمور التي تثار حولها الجدل ، بالنسبة إلى تأويلها على تفسير العقد ، العبالة . والقاعدة ، في هذا الخصوص أنه يمكن للقاضي أن يستهدي بالعبالة في التفسير ، في حدود بحيثية عن القصد المشترك للمتقدين . ولكن إذا كان قصد المتعاقدين واضحاً ، تعين على القاضي إعماله ، من غير أن يكون له أن يبتدعه ، حتى لو . كل ذلك قد وقع منه بهدف تحقيق العبالة . فالعبالة نسبية تختلف من قاض إلى قاض . وعلى أية حال ، ففي الاستناد إلى العبالة ما قد يجدد أمن العقود .



إذ يقدم للقاضي إرشاداته ، لم يغفل عن أن التفسير هو في النهاية مسألة فن وفوق وكياسة وخبرة .

### ٢٦٦ - تفسير الشك لمصلحة من يفرضه الشرط الغامض :

تفسير العقد يصل بالقاضي إلى أحد أمرين : فهو إما أن يؤدي به إلى جلاء غموض عبارة العقد ، واستخلاص ما قصده الإرادة المشتركة على شكل يقيني قاطع يطمئن هو إليه ، وإما ألا يؤدي به إلى ذلك ، فيبقى عنده شك في حقيقة مدلول عبارة العقد .

ولا صعوبة في الحالة الأولى . حيث يعمل القاضي المعنى الذي استخلصه من عبارة العقد ، سواء أكان من شأنه نفع الدائن أو المدين .

أما في الحالة الثانية ، وهي حالة وجود شك في مدلول عبارة العقد ، فتثور بعض الصعوبة . فلا بد من أن يفرض هذا الشك لصالح أحد الطرفين . فمن عباه أن يكون ؟

يوجد في هذا الصدد قول مأثور ، يصل في الفكر القانوني إلى مرتبة القاعدة الأساسية العامة ، ومؤداه أن : « الشك يفسر في مصلحة المدين » . وقد بلغ هذا القول من القوة إلى حد أن كثيراً من القوانين في البلاد المختلفة قد ضمته نصوصها . ومن هذه القوانين قانوننا المصري ، حيث جاءت المادة ١٠١ / ١ منه تقول : « يفسر الشك لمصلحة المدين » . وقد حلت حظو قانوننا المصري قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته (١) .

— واستقرارها . هل أن ذلك ، إن كان صحيحاً تماماً من الناحية القانونية الفنية البحتة ، إلا أن واقع الحال لا يتفق معه دوماً . ففي حالات كثيرة ، يتأثر القاضي — وهو بشر ، بل يعبر عن نزعة العدل — بالمطالبة في تفسير العقود ، كما يتأثر بها في تفسير القانون . ولعل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي ، وكذلك تفسير عقد العمل أولاً ثم عقد النقل بعد ذلك على أنه يتضمن الالتزام بضمان السلامة ، يعتبران ، في زماننا المعاصر ، مثالين ظاهريين لتأثر القاضي بالمطالبة في تفسير العقود ، ولو كان ذلك على حساب إرادة الملتزمين ، أو حتى على حساب حكم القانون نفسه .

(١) انظر القانون السوري ( المادة ١٠٢ ) والقانون الليبي ( المادة ١٠١ ) والقانون العراقي ( المادة ١٦٦ ) والقانون الأردني ( المادة ١٢٤٠ ) .



والقول بأن الشك يفسر في مصلحة المدين يجد ما يبرره قانوناً إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يحمل المدين بالتزام معين ، أو أن يحدد كيفية أدائه إياه ، كما هو الأمر الغالب في العمل . إذ أن الأصل هو براءة الدمة . فلا يمكن القول بأن شغلها بالدين ، إلا إذا كان ذلك أمراً قاطعاً . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات وجود الدين على الدائن . فإن وجد شك في مديونية المدين ، اعتبر الدائن أنه لم يفلح في إقامة الدليل على وجود دينه .

بيد أنه إذا كانت قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين تجد ما يبررها عندما يكون مؤدى الشرط الغامض أن تنشغل دمة المدين بالمديونية ، فهي تفقد كل مسوغ ، إذا كان مؤداه أن تخفف المسؤولية على المدين عما تقتضي به القواعد العامة ، أو يعفيه كلية من تلك المسؤولية . فلو أن شخصاً دهم : مثلاً ، آخر بسيارته ، وثبت بالتالي للمضروب حق التعويض ، ثم اتفق هذا الأخير مع محدث الضرر على إعفائه من المسؤولية أو على تخفيف عبء تلك المسؤولية عنه ، وثار بعد ذلك شك في تفسير هذا الشرط ، ففي مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ ولو أن عقد البيع أو الإيجار يتضمن شرطاً من شأنه أن يعفى البائع أو المؤجر من ضمان المجز في الشيء المبيع أو المؤجر أو من ضمان استحقاقه أو من ضمان العيوب الخفية فيه . ثم اعتراه شك في حقيقة مدلوله ، ففي مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ لو أننا أخذنا هنا بحرفية نص المادة ١٦٥١ / ١ التي تقتضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين ، لوجب القول ، في المثال الأول ، بأن الشك يفسر في مصلحة محدث الضرر ، لأنه هو المدين في الالتزام بالتعويض ، وفي المثال الثاني : بأن الشك يفسر لمصلحة البائع أو المؤجر ، لأنه هو الملتزم بالتسليم وبالضمان .

وهذا القول لا يستند إلى مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، حتماً يكون من شأن الشرط المقترن به أن يشغل مسؤوليته بالدين ، والذي سبق لنا بيان أهمها ، بل هو على النقيض من ذلك يتجاف تماماً مع تلك المبررات ، ويقوم على عكسها . ففي حالتنا نجد أن من شأن القواعد القانونية العامة ذاتها أن تنشغل مسؤولية المدين بإعفائه من هذه المسؤولية أو تخفيفها عليه هو الذي يحى نتيجة الشرط الغامض . ولما كان الأصل هنا



هو تقرير المسؤولية وفقاً لما يقررها القانون ، وجب عدم القول بما يتغاير معها إلا إذا وجد شرط قاطع في الدلالة عليه . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات الشرط الذي يغاير أحكام المسؤولية وفقاً لما يقضي به القانون على من يدعى تلك المغايرة . فإن ادعى المدين وجود مثل هذا الشرط ، لزمه هو أن يقدم الدليل على وجوده بشكل يقيني قاطع .

هكذا يبرز أن إعمال نفس المبررات التي تسوغ تفسير الشك لمصلحة المدين ، حينما يكون من شأن الشرط أن يشغل مسئوليته ، يؤدي إلى وجوب تفسير الشك ضد المدين ، إذا كان من شأن الشرط الغامض أن يعفيه من المسؤولية ، أو يخففها عليه عما تقتضي به القواعد القانونية العامة <sup>(١)</sup> .

ومن المقطوع به أنه إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يعفى المدين من المسؤولية التي تلزمه بمقتضى القواعد القانونية العامة ، أو يخففها عليه ، فإن الشك يفسر على النحو الذي يتفق أكثر مع ما تقتضي به تلك القواعد العامة ، أي أنه يفسر ضد مصلحة المدين ولمصلحة الدائن .

وقد أراد بعض فقهاءنا أن يجد لذلك مخرجاً يتسق مع القاعدة التي تقتضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . فقال إن هذه القاعدة إنما وضعت ليستأنس بها القاضي ، دون أن يتقيد بها ، شأنها في ذلك شأن غيرها من قواعد التفسير . ثم إن لهذه القاعدة مبررات أدت إلى وضعها ، فإن تخلفت هذه المبررات ، وجب عدم تطبيقها وساغ تفسير الشك لمصلحة الدائن <sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقد أرى ذلك بالأستاذ السبوري إلى أن يقول : « كذلك إذا تعارضت قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين مع قاعدة تفسير شرط الإخفاء من المسؤولية تفسيراً شديداً » ، فتمت القاعدة الثانية حل الأول ( الوسيط ج ١ ط ٢ ص ٦٨٧ هامش ١ ) ، ولكن الأستاذ الكبير لم يقدم لنا أي سند قانوني لما وصل إليه . انظر في نقدنا لما أورده فقهاء المطلق السبوري في مؤلفه النقد ، ونظرية العقد ، في شأن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٩١ ص ١٤٣ . وهامش ٢ . وقد أسعدنا أن يتأثر أستاذنا الكبير بنقدنا ، فيقول في مؤلفه الوسيط ج ١ نبذة ١٦١ ص ٢٠٣ إن « المقصود بالمدين في القول بأن الشك يفسر لمصلحة المدين هو المماخذ التي يقع عليه عبء الالتزام أو الشرط » . وهو بهذه المثابة أصبح يقول مثلاً إن الشك يفسر لمصلحة من يضره الشرط الغامض ، ولو كان دائناً بالالتزام .

(٢) راجع السبوري ، نظرية العقد ، نبذة ٨٤٠ . والظاهر أن فقهاء الكبير قد عدل من -



ولا يمكننا التسليم بهذا الرأي ، فؤاده أن يكون للقاضي الخيار في أن يطبق قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين أو لا يطبقها . في حين أن المشرع على تلك القاعدة على صيغة أمر موجه إلى القاضي ، لا يستطيع عنه حولا .  
والرأي عندنا هو أنه يلزم الأخذ دائماً بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين . كل ما في الأمر هو وجوب أن يفسر لفظ « المدين » هنا ، لا على أساس معناه الفني العادي المؤلف : أى الشخص الذى يتحمل بعبء الالتزام . ولكن على أساس أنه يعنى الشخص الذى من شأن إعمال الشرط أن يضره . حتى لو كان داتناً في الالتزام . وهذا التفسير يتفق مع الحكمة التى يتوخى المشرع تحقيقها . فالشرط هو الذى يعتريه الضموض . وهو الذى يتناولها التفسير . ومن ثم يلزم أن يفسر الشك الذى يعتريه لمصلحة من يضره وجوده . وبعبارة أخرى أقل دقة . يفسر الشك لمصلحة المدين في الشرط . ولو كان هو داتناً بالالتزام . حقيقة إنه يغلب أن يكون المدين في الشرط هو المدين في الالتزام . لأن الشروط تقرر عادة المسئولية على الأشخاص . ولكن قد يكون المدين في الشرط . بمعنى الشخص الذى يضره إعماله . هو الدائن بالالتزام . كما هو الأمر بالنسبة إلى الشرط الذى يعنى محدث الفعل غير المشروع من المسئولية عن عمله أو يخففها عليه ، وكالشرط الذى يعنى البائع أو المؤجر من المسئولية عن العجز في العين أو من المسئولية عن ضمان الامتثال وعن ضمان العيوب الخفية (١) .

وسواء أخذنا في قولنا : « إن الشك يفسر لمصلحة المدين » ، بالمعنى العادى المؤلف للفظ « المدين » ، أى الشخص الذى يتحمل عبء الالتزام ، أم بمعنى الشخص الذى يضره إعمال الشرط الفاض ، وبعبارة أخرى :

« رأيه هذا ، بتأثير من نقدا لياه في مؤلفنا عقد الإيجار (نبة ٩٦) ، فلم يشر إليه في كتابه الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد » . بل إنه أخذ يقول مثلنا بأن المقصود بالمدين ، في القول بأن الشك يفسر في مصلحة المدين ، هو لمصاغة الذى يقع عليه عبء الشرط ، وإن جيم معه عبء الإلتزام ( راجع السهورى ، الوسيط ج ٦ نبة ١٦١ . وانظر ما سبق ص ٣٧ هامش (١) ) .

(١) انظر في هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ . نبة ٩١ .



المدين في الشرط ؛ سواء أخذنا بهذا المعنى أم بذلك ، فإن التفسير لا يكون في صالح المدين ، إلا إذا قام الشك حقيقة حول ما قصده الإرادة المشتركة . فإن كان الشرط واضحاً في دلالته ، أو كان غامضاً ، ولكنه كان من الممكن جلاء غموضه والوصول إلى حقيقة مدلوله على شكل يقين قاطع ، وجب إعمال الشرط كما هو ، وامتنع على القاضى التحول عنه ، تحت ستار وجود شك في حقيقة مدلوله ، حتى لو كان في هذا التحول نفع ظاهر للمدين .

فأول واجب يلقيه القانون على عاتق القاضى ، وهو أمام الشرط الغامض الذى يتمسه عند قيامه بتفسير العقد ، هو أن يحاول تهديد غموضه باستطلاع إلى ذلك سيلا . فإن أفلح في ذلك ، أنفذ الشرط الذى جلا غموضه ، سواء أكان في مصلحة هذا العاقد أم ذاك <sup>(١)</sup> . فإن لم يفلح ، وبقي شك في حقيقة ما قصده الإرادة المشتركة من الشرط ، تعين عليه تفسير هذا الشك في مصلحة العاقد الذى يضره الشرط ، سواء أكان دائماً أم مديناً . فإن لم يفعل ، اتسم حكمه بمخالفة القانون ، وكان حرياً به أن تسلط عليه محكمة النقض سيف رقابتها ، فتتقضه . فتفسير الشك في مصلحة من يضره الشرط الغامض ، أو ما نستطيع ، مع شئ . من التجاوز ، أن نطلق عليه المدين في الشرط ، هو مسألة قانون ، لمحكمة النقض فيها سلطان الرقابة <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان الأصل العام هو أن الشك الذى يعترى الشرط الغامض يفسر في مصلحة من يضره الشرط دائماً كان أم مديناً ، فإنه يرد على هذا الأصل استثناء هام في مجال عقود الإذعان ، حيث يفسر الشك دوماً في مصلحة الطرف المذعن (المادة ١٥١ / ٢) ، حتى لو كان من شأن الشرط الغامض أن يفيد . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذا الأمر عند الكلام في عقود الإذعان <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر نقض مدنى مصرى ١٢/١٤/ ١٩٤٤ ، مجموعة مرجع ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن الاشتباه ( بمعنى الشك ) في النقص المقصود من المشاركة التى يجب منه تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للصهد ( المدين ) هو الاشتباه الذى يقوم في نفس القاضى لظهور الدوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام ، من أدلة الدوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بيشن القطن المبيع له ، أنه تسل المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالممن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه .

(٢) انظر ما سبق ، نيلة ٢٩٧ .

(٣) راجع ما سبق ، نيلة ٢٠١ .



## ٢٦٧ - تفسير العقد من سلطة قاضي الموضوع ، مدنى القاعدة .

وحدودها :

تفسير العقد ، اعتباراً بأنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه .  
يتمثل أمراً من أمور الواقع . ومن ثم فهو يدخل في سلطة قاضي الموضوع  
التقديرية ، دون أن يكون عليه في ذلك معقب من محكمة النقض ، طالما كن من  
شأن عبارة العقد أن تحمله <sup>(١)</sup> . وفي ذلك يختلف تفسير العقد اختلافاً جلياً عن  
تفسير القانون <sup>(٢)</sup> . الذى يتمثل مسألة قانون في الدرجة الأولى . وتسير  
عما كنا وعلى رأسها محكمة النقض . شأنها في ذلك شأن المحاكم في البلاد المختلفة .  
لأسيما محكمة النقض في فرنسا . في هذا الاتجاه على نحو مستمر مطرد ثابت <sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر في اختيار تفسير العقد من مسائل الواقع ، والتبيز بين تفسير العقد وتكييفه  
وغاظة أحكامه ، استاذنا الكبير في جامعة Toulouse بفرنسا العلامة Marty في رسالته  
الشهيرة عن الواقع والقانون المقدمة لجائسة تولوز سنة ١٩٢٩ . وانظر كذلك مقاله : دور  
القاضي في تفسير العقود Trav. Ass. Capitane ١٩٤٩ ص ٨٥ وما بعدها . وانظر أيضاً  
استاذنا الكبير السهورى ، الوسيط ج ١ بقية ٣٨٨ .

(٢) حدث في فرنسا ، على أثر صدور مفعونة نابليون ، وما جاءت به في المادة ١١٣٤ من  
أن الاتفاقات الصحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها ( وهو نفس الحكم الذى تضمنته  
القانون المدنى المصرى بقوله ، في المادة ١٤٧ منه : إن العقد شريعة المتعاقدين ) بفسخ الحبس .  
الأمر الذى أدى في البداية بمحكمة نقض باريس إلى إخضاع تفسير العقود لرقابتها ، اعتباراً بأن  
العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين . ولكن المحكمة العليا الفرنسية سرعان ما رجعت عن رأيها الظاهر  
الخطأ ، لتستقر على الرأى السلم ومؤداه أن قضاء محكمة الموضوع ، طالما اقتصر على تفسير العقد ،  
ومن غير تغيير في آثاره أو تعديل فيها أو إعفاء منها ، لا يخضع لرقابتها . وقد حدث منها على  
أثر حكمها الشهير الصادر منها بدو أثرها المحترمة بتاريخ ٢ فبراير ١٨٠٨ ( سري ١٨٠٨ - ١  
- ١٨٣ ) .

(٣) وأسكنا محكمتنا العليا تتوافى قاضية في عبارات واحدة أو متقاربة أن محكمة الموضوع  
السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط بما تراه أوفى بمقصود العاقدتين ، مستثنية في ذلك جميع  
ظروف الدعوى وملاساتها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها تحتله عبارة  
العقد . أو الشرط . انظر في ذلك : نقض ١٩٨٢/١/٢٨ ملن ١٩٨٢/١٣٢٧ ق ، الحاماة ٦٢  
ع ٧٤ و ٨٥ ص ٦ - نقض ١٩٧٤/١١/٢٦ ملن ٣٩٩/٢١٤ ق مجموعة النقض ٢٥ ص ١٢٩١ رقم  
رقم ٢٢٠ - نقض ١٩٧٠/١/٨ ملن ٣٥/٤٦٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٥١  
رقم ٩ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ ملن ٣٥/٥٥٦ ق مجموعة النقض س ٢١٥ ص ٣٤٤ رقم ٥٦ - =



على أنه يلزم ، لاعتبار عمل القاضى ، فى مجال تفسير العقد ، من مطلقات سلطته التقديرية ، وخروجه بالتالى على رقابة محكمة النقض ، أن يكون ، فى ذات حقيقته ، تفسيراً ، لا أن يلبس ثوبه ويأخذ مجرد مظهره .

فإذا كان التفسير يقوم على استخلاص قصد العاقدين المشترك من عبارات العقد وغيرها مما لا يلبس العقد من وقائع ، فإنه يلزم أن تكون هذه العبارات أو الوقائع موجودة فعلاً وثابتة حقيقة ، فى الدعوى ، لا أن تكون وهمية . اعتمد القاضى بوجودها : حالة كونها : فى واقع الأمر ، معلومة <sup>(١)</sup> . فى مثل هذه الحالة : القاضى فى حقيقة الأمر ، لا يفسر العقد ، ولكنه ينشئ ، فى أحكامه . وهو عمل لا يدخل فى سلطته ، ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه فيه لتقضى حكمه <sup>(٢)</sup> .

ثم إنه ينبغى أن يكون استخلاص القصد المشترك للعاقدين من عبارات العقد وكافة وقائمه ، على نحو ما وصل القاضى إليه : سائفاً ومقبولاً ، بأن يكون من شأنها أن تؤدى إليه عقلاً ومنطقاً . فإن لم يكن ذلك كذلك ، فإن

= نقض ١٩٧٣/١١/٢٨ طعن ٣٦/٧٨ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١١٦١ رقم ٢٠١ - نقض ١٩٧٣/١٢/١٧ ، مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٦٨ رقم ٢٢٠ - نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ - نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٢٩ رقم ١٦٧ - نقض ١٩٦٨/١١/١٤ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٦٥٩ رقم ٢٥١ . (١) راجع السهورى ، المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨ - وانظر نقض مدنى ١/٣/١٩٣٤ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - وقارن نقض مدنى ١٩٣٥/٣/٢٧ ، مجموعة عمر ج ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ .

(٢) انظر : تمييز الكويت ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ١٩٧٣/٢٦ . وقد جاء فى هذا الحكم : من المقرر أنه وإن كان لمحة الموضوع السلطة فى تفسير العقود أو الشروط المختلف عليها بما تراه هى متفقاً مع مقصود العاقدين ، وأن لها - هذه السلطة - أن تمتد فى المعنى الظاهر لعبارة العقد أو الشرط ، إلا أن عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها أسباب علوها عن الملول . الظاهر للعبارة إلى خلافه ، والكيفية التى استفادت بها ذلك المعنى الذى أخذت به وانتهت إلى أن إرادة الطرفين اتجهت إليه ، بحيث يتضح من هذا البيان الذى تورده بالأسباب أنها قد اعتصمت فى تأويلها على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص النتائج التى رتبها عليها . فإذا جرى الحكم فى قضائه على تحريف قصد المتعاقدين من عبارات العقد الظاهرة ، دون أن يفصح عن وجه استدلاله قصد ما كا انتهى إليه والوارد التى استنده منها ، فإنه يكون ممياً بالقصور بما يستوجب تمييزه .



عمل القاضى لا يعتبر فى حقيقته تفسيراً لوقائع العقد ، وإنما خروجاً عليها وانحرافاً عنها ، ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه لتتقضه .

يخلص من كل ماسبق أن تفسير العقد ، طالما أنه فى حقيقته كذلك ، بأن قام على استخلاص القصد المشترك للعاقدين من وقائع موجودة وثابتة فى الأوراق ، وكان هذا الاستخلاص سائفاً ومقبولاً عقلاً ومنطقاً ، ولم يستر وراءه خروجاً عن أحكام العقد ؛ إذا كان تفسير العقد على هذا النحو ، فإنه يعتبر مسألة من مسائل الواقع ، ويخرج بالتالى عن رقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> .

على أنه يستثنى من قاعدة أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع تدخل فى رحاب سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، الحالات التى ينص فيها القانون على حكم معين ، لا على نحو إرشادى وتوجيهى فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين ، وإنما على نحو إلزامى وجوبى يتحتم على القاضى اتباعه فى التفسير . ففى مثل هذه الحالات ، يتوجب على القاضى الالتزام فى التفسير بما عليه عليه المشرع ، وإلا اعتبر أنه قد خالف القانون ، ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، وخضع حكمه بالتالى لرقابة محكمة النقض . ومن الحالات التى نحن بصددنا حالة وجوب تفسير الشك فى الشرط الغامض فى مصلحة من يضره الشرط (المادة ١٥١ / ١) ، وحالة وجوب تفسير الشك فى عقود الإذعان دوماً فى مصلحة الطرف المدعى ، دائماً كان أم مدينأً (المادة ١٥١ / ٢) . فإذا لم يفسر القاضى الشك<sup>(٢)</sup> فى الشرط الغامض لمصلحة من عساه أن يضره الشرط ،

---

(١) ولا يغير من كون تفسير العقد مسألة واقع ، وغارضة بالتالى عن رقابة محكمة النقض ، ألا يتقيد القاضى ، وهو يفسر العقد ، بالأمر الذى أوردها المشرع كمتاصر يستهل بها فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين ، كما هو الشأن فى قول المشرع بعدم الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ والاستبداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبى من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً لمعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥١ / ٢) . فهذه الأمور لا تعدو أن تكون مجرد معايير إرشادية للقاضى أن يتأنس بها ، وهو يقرم بالتفسير ، أو هى ، كما قيل ، مجرد نصائح وإرشادات للقاضى ، بحيث إن القاضى لا يعتبر أنه قد خالف القانون إن لم يتقيد بها (راجع فى هذا الخصوص Mazzaud المرجع السابى ، نبذة ٣٤٠ - السهورى ، المرجع السابق ، نبذة ٢٨٨) .

(٢) بل إن القول من القاضى بأن ثمة شكاً فيما قصدته الإرادة المشتركة أم لا يخضع لرقابة محكمة النقض . إذ أن هذا القول لا يعتبر فى حقيقته تفسيراً ، وإنما هو تكييف . والتكييف =



وإذا لم يفسر الشك في عقد من عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ، حتى لو كان الشرط الغامض في مصلحته ، فإن القاضي يكون قد خالف القانون ، ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، مما يجعل حكمه غليظاً . بأن يعمل فيه سيف الرقابة من محكمة النقض ، فينقض .

وإذا كان تفسير العقد يعتبر مسألة واقع ، في الحدود التي بينها . فإن تكييف العقد أو تكييف أى حكم فيه ، أى إعطائه وصفه القانوني ، يبعاً كان أم إيجاباً مثلاً ، يعتبر مسألة قانون في الصميم ، ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

٢٦٨ — ويلاحظ أنه . إذا كانت القاعدة هي أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع ، ويخرج بالتالي عن رقابة محكمة النقض ، على نحو ماسبق لنا أن بيناه ، فإنه يوجد في الفكر القانوني الفرنسي فقهاً وقضاء اتجاه قوى للتضييق من نطاق سريان هذه القاعدة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى العقود ذات الصفة التنظيمية . ونعني بها العقود التي تكتب في صيغة موحدة لتتكرر في شأن أشخاص كثيرين ، كالعقود النموذجية Contrat-type وعقود الإذعان لاسيما عقد التأمين . وقد توجت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بالسير عليه في قضائها <sup>(٢)</sup> .

وهذا الاتجاه من الفكر القانوني الفرنسي هو اتجاه محمود ، يتوجب السير عليه : في ظل قانوننا . إذ أن من شأنه أن يعمل دور محكمة النقض التوجيهي في القضاء : فلا يختلف مدلول شرط معين في عقد عن مدلوله :

---

= مسألة قانون ، وليست مسألة واقع ، ومن ثم فهي تدخل في رقابة المحكمة العليا . راجع في هذا الاتجاه : السجوري ، المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨ .

(١) نقض ١٩٦٩/٢/٤ ، مجموعة أحكام النقض من ٢٠ من ١٢٤٧ رقم ٢٩ .

(٢) انظر نقض فرنسي مدني ١٨ مارس ١٩٤٣ ، سي ١٩٤٣ - ١ - ١٣ . وتعليق

Houin : نقض فرنسي مدني ٤ مايو ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ - ١ - ١٣١ . وتعليق

Besson : راجع في اتجاه الفكر القانوني الفرنسي لإغضاع تفسير العقود ذات الصفة

التنظيمية لرقابة محكمة النقض ، Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ٢٢ - Marty ،

رسالة السابقة الإشارة إليها ، نبذة ١٥٨ .



هو بذاته ، في آخر . والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين الناس ، ويجعل أمرهم رهيناً بصلفة عرضه على محكمة أو على أخرى ، مما يهز الثقة في القضاء ويخدش العدالة . وفضلاً عما سبق ، فإن شيوع شرط معين بصيغة موحدة في عقود كثيرة تفرض في العادة على أشخاص متعددين ، يبعد بعض الشيء الشرط التعاقدى عن مألوف طبيعته الرضائية الفردية . ليسير خطوات ، وإن كانت جد قليلة ، في طريق الحكم القانوني ، مما جعل البعض من الفقهاء ينتهون مثل هذا الشرط بالقانون الخاص *loi privée* ، تميزاً له عن القانون بمعناه الأصيل <sup>(١)</sup> .

### المبحث الثاني

#### تحديد مضمون العقد

٢٦٩ - تحديد مضمون العقد ، أى بيان الأحكام التى يشتمل عليها ، من الأهمية بمكان . فبال العقد إلى تنفيذه . ويتم تنفيذه بإعمال الأحكام التى يتضمنها . فلا بد إذن من أن نتعرف على تلك الأحكام .

وإذا كان من الظاهر القول بأن العقد يتضمن الأحكام التى تنجى بها شروطه ، وتلك التى يقضى بها القانون ويكون من شأنها أن تسرى عليه ، فإن ثمة سؤالاً طرح نفسه على الفكر القانوني ، فقهاً وقضاً وتشريعاً ، حول ما إذا كان العقد يقف عند هذه الأحكام وتلك ، مقتصرأً عليها وحدها ، أم أنه من الممكن أن يدخل فيه غيرها . وتواجهت ، في هذا الخصوص ، نزعة تعتمد إلى الحد والقصر ، استناداً إلى الرغبة في تسويد مبدأ سلطان الإرادة بالوقوف عنده وعدم الخروج عليه . ولكن هذه النزعة لم يكتب لها النصر ، وما كان ليكتب لها ، على الأخص بعد أن أخذت تتغلغل في ثنايا العصر الذى نعيشه فكرة العدالة الاجتماعية . ومرعان ما استقر الفكر القانوني على شيء

---

(١) انظر في ذلك Marty ، المرجع السابق . ويقول الفقيه الذى في خصوص العقود ذات الصلة التنظيمية *allure reglementaire* ، بأن المرء لا يوجد في مجال التصير ، ولكن في مجال التنظيم . ويستطرد قائلاً إن دوام إيماد التصير عن رقابة محكمة التقض لا تتواجد ، منما تكون في حقيقة الواقع يصدر قانون خاص *Loi Privée* يسه أحد طرفي العقد ويرفضه الآخر .



معقول من التوسعة في مضمون العقد ، ومن غير إصراف أو شطط . ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد ، إلى جانب الأحكام التي يجيء بها عقاده ، وتلك التي يقضى بها القانون في شأنه ، ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته . ووجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دفات كثير من المدونات القانونية المعاصرة . ولم يتخلف قانوننا المصرى الحالى عن الركب ، فجاء ببلوره ، يتضمنها - قاضياً في المادة ٢/١٤٨ بأنه : ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

ونحن نحمد لشرعنا هذا الاتجاه في التوسعة في مضمون العقد . . . وإذ هو يفعل ذلك ، نقدر ما أدته هذه التوسعة ، عبر السنين ، من جليل النفع . وما الالتزام بضمان السلامة ، الذي أدخل بادیء ذى بدء في نطاق عقد العمل . ثم بعد ذلك في نطاق عقد النقل ، والزام العامل بعدم إقشاء سر العمل . والزامه بالامتناع عن منافسة رب العمل في تجارته ، إلا مجرد أمثلة لما أضفته تلك التوسعة على عالم القانون من يانع الثمار .

وهكذا نجد أن الأحكام التي يشملها العقد ترتد إلى أربعة أنواع أساسية ، هي الآتية :

أولاً : الأحكام التي تتضمنها شروط العقد ذاتها ، صراحة أو ضمناً . ومثال ذلك أن ينص في عقد البيع على كيفية تسليم المبيع وتاريخ حصوله ومكانه ومقدار الثمن وكيفية دفعه وتاريخ هذا الدفع ومكانه .

ثانياً : الأحكام التي تقضى بها العادات الجارية في المكان الذي أبرم فيه العقد ، لاسيما العادات التجارية ، طالما أنها معروفة من العاقلين كليهما . وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبية ، يسير عليها الناس في سوادهم ، وإن خالفها قلة منهم ، إذ أنه يفترض هنا أن المتعاقدين قصدوا تطبيق حكم العادة في شأنهما ، مالم يثبت العكس . وهذه هي العادة الاتفاقية <sup>(١)</sup> . وإذا كانت المادة ٢ / ١٤٨ لم تذكر الأحكام التي تتضمنها العادات الجارية باعتبارها داخلة

(١) انظر في العادة الاتفاقية ، مؤلفنا : نظرية القانون ، نبة ١٢٢ وما بعدها .



في مضمون العقد ، فما ذلك إلا لأن هذه الأحكام تعتبر كما لو كان العاقدان قد اتفقا عليها ، مادام لم يستبعداها . فهي إذن بمثابة الأحكام التي تأتي في شروط العقد .

ثالثاً : الأحكام التي تقضى بها القواعد القانونية السارية على العقد ، سواء أكانت هذه القواعد راجعة في مصدرها إلى التشريع أو إلى العرف . فالعقد يشمل ، إلى جانب الأحكام التي تتضمنها شروطه ، تلك التي تقضى بها القواعد القانونية التي من شأنها أن تنطبق عليه ، سواء أكانت هذه القواعد عامة . بمعنى أن كان من شأنها أن تسرى على نوعية العقد الذي نحن بصددده كما تسرى على غيره . أم كانت خاصة بنوعية هذا العقد وحدها ، مع وجوب التفرقة هنا بين القواعد الآمرة التي يجب اتباعها . حتى لو اتفق على خلافها ، وبين القواعد المقررة أو المفسرة التي لا تنفع ، إلا إذا لم يتفق على خلافها .

رابعاً : الأحكام التي تعتبر من مستلزمات العقد . فالعقد يشمل ، إلى جانب الأحكام التي تتضمنها شروطه ، وتلك التي تقضى بها القواعد القانونية والعادات التي من شأنها أن تسرى عليه ، الأحكام التي تعتبر من مستلزماته ، حتى لو لم يرد لها ذكر فيه .

فكل ما يعتبر من مستلزمات العقد يدخل في مضمونه ، حتى لو لم يكن له ذكر فيه ، أو لم ترد به قاعدة من قواعد القانون . والمقصود بمستلزمات العقد الأمور التي تختمها طبيعته والغاية التي يستهدفها ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة ، ومع مراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال ذلك أن طبيعة عقد النقل بالتاكسي ، الذي يسير بالعداد ، تقتضي من صاحبه أن ينقل الراكب إلى مكان الوصول سالكاً به أقرب طريق ممكن ، فإن لم يراع ذلك ، اعتبر مخلاً بالتزام يحمله به العقد ، برغم أن مثل هذا الالتزام لا يرد ذكره عادة فيه ، إذ أنه يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال مستلزمات العقد كذلك ما قضت به محكمة النقض من تحميل وزارة الداخلية بالالتزام بحفظ أدوات ومعدات وأواني متعهد تعاقد معها على تقديم أغذية ساخنة لأفراد اعتقلهم في معتقل الهاكسب ،



برغم أن ذلك الالتزام لم يذكر صراحة في العقد<sup>(١)</sup>.

تلك هي الأحكام التي ينطوي العقد عليها . وهي التي تنظم العلاقة بين طرفيه ، وتحدد ما لكل منهما على الآخر من حقوق ، وما عليه قبله من التزامات . وتحديد مضمون العقد ، أو مشتملاته . مسألة من مسائل القانون . يكون لمحكمة النقص فيها الرقابة على ما تقضى به محكمة الموضوع<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٥/٢٨ طعن ٣٤/٢٣٧ مجموعة أحكام النقص س ١٩ ص ١٠١٤ رقم ١٥١ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن وزارة الداخلية تعاقدت مع متعهد على أن يقدم الطعام للمتقاعدين في الهاكسب لمدة ثلاثة أشهر ، على أن يكون الطعام في أوعية وأدوات نظيفة وأن يكون ساخناً . فسخ العقد لإخلال المتعهد بالتزاماته . طالب المتعهد بمقابل قيمة الأدوات والأواني التي تلفت ، تأسيساً على التزام وزارة الداخلية بحفظها . دعت الوزارة بأن العقد لم يتضمن في نصوصه مثل هذا الالتزام ، وأنها إذا كانت مسئولة عن تلف الأدوات والأواني ، فإن مسئوليتها تقصيرية وأنها تقادمت بمرور الزمن . أعطت المحكمة الابتدائية بوجهة نظر الوزارة . ولكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم الابتدائي ، قاضية بالتزام الوزارة بحفظ أواني المتعهد ، تأسيساً على أن هذا الالتزام ، وإن كانت نصوص العقد لم تصرح به ، إلا أن العقد مع ذلك يتضمنه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته ، وانتهت المحكمة إلى تقرير مسئولية الوزارة عن تلف أدوات المتعهد وأوانيها تأسيساً على المسئولية العقدية ، برغم أن العقد نفسه كان قد فسخ . وقد بارتكت محكمة النقص قضاء محكمة الاستئناف ، راضية ما نعى عليه من مخالفة القانون ، تأسيساً على أنه استغفل استخلاصاً سابقاً ، في تحديد نطاق العقد ، أنه يتضمن التزاماً على وزارة الداخلية بالمحافظة على أواني المتعهد وأدواته ، وأن هذا الالتزام مستمد من طبيعة الالتزامات التي يرتبها العقد ويتقضيها تنفيذه ويتسع له حكم المادة ١٣٨ مدني قديم ( المراقبة العامة ١٤٨ من القانون المدني الحالي ) . وانظر : نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٤٣/٨١١ ق مجموعة النقص س ٢٨ ص ١٢١٤ رقم ٢٠٩ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً تعاقد مع القوات المسلحة على توريد كمية من العسل ، ثم استورد تلك الكمية من سوريا ، ولكنه لم يستطع تسليمها للقوات المسلحة . ادعى مسئولية القوات المسلحة تأسيساً على إخلالها بالتزام يقع عليها . ولو لم ينص العقد عليه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته ، ومؤدى هذا الالتزام أن تقدم القوات المسلحة له التسهيلات اللازمة لتخليصه على البضائع من الجمارك وتحويل ثمنها إلى سوريا . رفضت محكمة النقص احبار مثل هذا الأمر من مستلزمات عقد النزاع .

(١) راجع : السهوري ، المرجع السابق نبذة ٤٠٨ .



## الفصل الثاني.

### القوة الملزمة للعقد

٢٧٠ - الأصل في العقد أنه يلزم عاقيه بكل مايجي فيه . فهو يتضمن قوة تعم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل مايتو به . وبعبارة أخرى ، هو يتضمن قوة ملزمة لطرفيه باحترامه ، وبالنسبة إلى كل أحكامه . فالعقد بالنسبة إلى طرفيه . وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها . كالقانون (١) ، فلايستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولابتعديله . مالم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك . وهذا هو المبدأ الأساسي العام في مجال نظرية العقد ، والذي يطلق عليه : القوة الملزمة للعقد *effet obligatoire du contrat* . وقد تضمنته المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدني بقولها : « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » . وقد توج الله سبحانه وتعالى مبدأ إلزام العقد بقوله : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . وجاء الرسول الكريم يقول : « المسلمون عند شروطهم » .

فالعقد شريعة المتعاقدين . فلا يستطيع أحدهما ، بحسب الأصل ، أن ينقضه أو يعدل في أحكامه : مالم يسمح له هو نفسه بذلك : أو يسمح له به القانون .

ففي بعض الأحيان ، يتضمن العقد نفسه شرطاً بمنح عاقيه أو أحدهما حق الرجوع عنه أو إجراء تعديل في أحكامه . ومثال ذلك التعاقد بالعربون (٢) . (المسادة ١٠٣ / ١ مدني ) ، وتضمن عقد الإيجار شرطاً بنحول المستأجر لإنهاء قبل فوات مدته . وفي مثل هذه الحالة ، لاتوجد أية صعوبة . ففي الرجوع

(١) وفي ذلك جاءت المادة ١١٣٤ فرنسي تقضي بأنه : « الاتفاقات المبرمة عل نحو شرعي *légalement formés* تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرجوها » .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ٨٥ وما بعدها .



عن العقد ، أو في إجراء التعديل في أحكامه من نحوه هذا الحق ، أعمال له .  
فليس في ذلك أى إخلال به .

وقد لا يتضمن العقد : عند إبرامه : ما يحول لطرفيه أو لأحدهما نقضه  
أو تعديله . ولكن يتفق طرفاه كلاهما على شيء من ذلك في تاريخ لاحق ،  
كأن يتفق البائع والمشتري على اعتبار البيع الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم  
يكن <sup>(١)</sup> . أو على منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن . وفي هذه الحالة :  
تنتفي الصعوبة أيضاً . إذ أن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره ، يسوغ له أن ينقضه  
أو يعدل فيه .

ولا يقف الأمر عند حد إمكان نقض العقد أو تعديل أحكامه ، بمقتضى  
الاتفاق بين طرفيه كليهما . بل يسوغ لأحدهما أن يصل إلى ذلك ، برغم إرادة  
الطرف الآخر . إذا سمح له به القانون ، وفي الحدود التى يرسمها . وهذا هو  
الاستثناء الحقيقى للقوة الملزمة للعقد : أو لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

والحالات التى يميز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى نقض العقد  
أو إلى إجراء تعديل في أحكامه : برغم إرادة الطرف الآخر ، كثيرة .  
فإنها حق المتعاقد . في العقود الملزمة للجانبين : أن يطلب من القاضى الحكم  
بفسخ العقد . إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، مع ثبوت سلطة تقديرية  
رجحة للقاضى في هذا المجال <sup>(٢)</sup> ( المادة ١٥٧ ) . ومنها الرجوع في الهبة .  
حيث يميزه القانون ( المواد ٥٠٠ إلى ٥٠٢ ) . ومنها أيضاً ، ما تسوغه  
المادة ٣٤٦ / ٢ والمادة ١٥٧ / ٢ من منح القاضى المدين أجلاً للوفاء بالالتزام  
إذا وجدت ثمة ظرف تبرره . ومنها كذلك ما يميزه المادة ٢٢٤ للقاضى من  
تخفيض قيمة الشرط الجزائى ، إذا كان مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة . ومنها  
ما تقرره المادة ٧٠٩ / ٢ من أنه يسوغ للقاضى أن ينقص الأجر المتفق عليه  
للوكيل . ما لم يكن قد دفع من الموكل طوعاً بعد تنفيذ الوكالة .

(١) راجع ما سبق ذكره في شأن الإقالة .

(٢) وسنعود إلى الكلام في فسخ العقد ، عندما نتناول انحلاله .



ومن الحالات التي يميز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر ، فضلاً عما سبق ، ما تقرره المادة ١٤٩ من أنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وقد سبق أن عرضنا لهذه الحالة عند الكلام في التعاقد بطريق الإذعان <sup>(١)</sup> .

ومن الحالات التي يميز فيها القانون لأحد المتعاقدين الوصول إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر . في النهاية : حالة الظروف الطارئة . ونتناول هذه الحالة بالدراسة لأهميتها القصوى .

### نظرية الظروف الطارئة

٢٧١ - مؤدى نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة Théorie de l'imprévision أن تعرض ، بعد إبرام العقد ، وقبل تمام تنفيذه ، نوازل أو أحداث عامة ، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها ، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام - وإن ظل ممكناً - شديداً الإرهاق بالمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فيسوغ للقاضي : بناء على طلب هذا المدين ، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه ، أن يرد التزامه إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد .

وتمشياً مع منطوق هذه النظرية جاءت المادة ١٤٧ ، بعد تقريرها ، في فقرتها الأولى ، مبدأ أن العقد يلزم طرفيه بما يجيء فيه ، تقتضى ، في فقرتها الثانية ، بأنه : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) راجع ما سبق ، نبة ٩٥ وما بعدها .



٢٧٢ - ونظرية الظروف الطارئة حديثة العهد في القانون المعاصر .  
فلم يأخذ بها الرومان . أئدة عسكهم بأهداب الفردية . وأول من بشر بها  
هم الكنسيون .

فقد عمد رجال الكنيسة على أن تسود العدالة العقود . وفي هذا السبيل ،  
قالوا بنظرية الثمن العادل والأجر العادل . ولم يقتصروا ، في تقريرهم . مبدأ  
العدالة بين المتعاقدين ، على وقت إبرام العقد . بل قالوا بوجوب مراعاته أيضاً  
عند تنفيذه . وهكذا حارب الكنسيون الغبن ، ليس فقط عند قيام العقد ،  
بل أيضاً عند تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه . فإذا احتل : بعد إبرام العقد ،  
التوازن الاقتصادي بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ، بحيث أصبح أداء  
ما عليه يتضمن غناً فادحاً له . كان له أن يطلب من القاضي رد التزائه إلى  
الحد العادل .

وقد أرجع فقهاء القانون الكنسي Les canonistes هذا الحكم إلى  
شرط ضمنى قالوا إن العقد يتضمنه . ومؤدى هذا الشرط بقاء الظروف  
التي أبرم فيها العقد على حالها . دون أن يطرأ عليها تغيير جوهري ، بحيث إنه  
لو تغيرت هذه الظروف ، وجب أن تتعدل آثار العقد ، على النحو الذى  
يعملها متمشية مع هذا التغيير . وهذا هو الشرط (١) الذى يطلق عليه  
La clause rebus sic stantibus .

وسرعان ما انتكصت فكرة الظروف الطارئة في أوروبا ، على أثر ضعف  
نفوذ الكنيسة ، من ناحية . وتغلغل النزعة الفردية التي أدت إلى سيادة مبدأ  
سلطان الإرادة ، من ناحية أخرى .

٢٧٣ - وإذا كان الكنسيون قد بشروا بفكرة الظروف الطارئة كنظام  
يمكن المدين من رد التزامه إلى الحد العادل ، بعد أن بات أدائه منه على

---

(١) وقد لقي هذا الشرط تطبيقاً رحيماً في مجال القانون الدول العام ، لا سيما في أعقاب  
الحرب العالمية الأخيرة ، فقد تدرعت به بلاد كثيرة ، كانت قد أبرمت معاهدات ، حالة كونها  
مستعصمة ، مع غيرها من الدول الإمبريالية القوية ، وذلك في مطالباتها بإجراء تعديلات جوهريّة  
في تلك المعاهدات أو حتى بإلغائها .



نحو مجاء في الأصل عليه يهدده بالخراب ، فإن هذه الفكرة لم تكن بعيدة كل البعد عن فقهاء المسلمين ، وإن لم يصلوا كدأهم إلى إترالها مترلة النظرية العامة الشاملة . قانعين بإعمالها في خصوص مسائل محددة ، وإن كانت في الحقيقة بالغة الضيق <sup>(١)</sup> .

(١) جرت عادة بعض المحدثين ، سواء أكانوا من فقهاء الشرع الإسلامي أم من فقهاء القانون المدني المعاصر ، على أن يجدوا تطبيقات معينة لنظرية الظروف الطارئة في مجال الفقه الإسلامي . وليست كل التطبيقات التي يقولون بها صحيحة في الحقيقة . إذ أن الحكم في أغلبها يرتد إلى أساس آخر غير ذلك الذي تقوم عليه تلك النظرية ، فضلا عن الاختلاف الجذري في شروط إعماله .

إن أبرز الحالات التي يقال فيها إنها تشمل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، في مجال الفقه الإسلامي ، حالة فسخ الإيجار بالمعذر . ومضى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار ، لأي من طرفيه ، أمر لم يكن في الأصل في حسبانته ، من شأنه أن يجعل استمرار العقد ضاراً به ضرراً كبيراً ، ليس من مقتضى العقد أن يتحمله ، فيشمل هذا الأمر عنراً في جانبه يتيح له أن ينسحب العقد قبل فوات مدته .

وإنهاء الإيجار بالمعذر . أو فسخه بالمعذر ، كما يقال عادة في لغة فقهاء المسلمين ، حكم أجمعت عليه مذاهب السنة الأربعة ، في تفاوت في السمة بينها . بين راحة بالغة يسير عليها فقهاء الحنفية ، وتضييق شديد التزمه الشافعية ، وتوسط بين الراحة والتضييق قام عليه المالكية والحنابلة . وأخذ قانوننا المدني بدوره بفكرة إنهاء الإيجار بالمعذر ( المادة ٦٠٨ ) .

وفسخ الإيجار بالمعذر لا يعتبر في حقيقته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما هي عليه في القانون المعاصر . ففحة خلاف أساسي في شروط الإعمال . ففي حين أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب لإعمالها أن يكون الحدث الذي يجعل الالتزام شديد الإرهاق بالمدين حدثاً عاماً عليه وعلى غيره ، فإن فسخ الإيجار يجوز بالمعذر ، ولو كان خاصاً بالمدين نفسه ، كوت المستأجر حيث يجوز لورثته إنهاء الإيجار ( المادة ٦٠٦/٢ مدني ) ، وكغيره على إقامة المستأجر اقتضاء لعله ( المادة ٦٠٩ ) ، وكغيره حرقته من التجارة إلى الزراعة مثلا ، حيث يجوز له إنهاء إيجار الحانوت الذي كان يباشر التجارة فيه . ثم إن الأثر يختلف في التنظيم . ففي حين أن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يؤدي إلى أكثر من تمطيل التزام المدين برده إلى الحد المقبول ، نجد أن فسخ الإيجار بالمعذر يؤدي إلى إنهاء الالتزام بالكلية ، بل إلى إنهاء العقد ذاته . انظر في هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٣٣٣ .

ولم يحاول فقهاء الحنفية أنفسهم - وهم أكثر فقهاء الشرع الإسلامي أخذاً بفكرة فسخ الإيجار بالمعذر - تأسيس تلك الفكرة على مجرد الإرهاق الذي من شأنه الحدث الطارئة أن يرتبته على العقد ، وإنما رده إلى سبب آخر مغاير ، أسماه أن الإيجار لا يعطى منفعة الشيء دفعة واحدة عند إبرامه ، وإنما يعطى شيئاً فشيئاً طوال مدته وزمانه . وما دام الإيجار يعطى المتضمنة =



٢٧٤ - ولم يأت تفنين نايليون ، بما يقطع بأنه يأخذ بفكرة الظروف الطارئة . بل على التقيض من ذلك ، جاءت المادة ١١٣٤ منه تقضى بأن العقد

= المستأجر شيئاً فشيئاً ، فقد رأى الحنفية أن استيفاء المستأجر إياها يقع بمثابة قبض منه إياها يتكرر على مدى بقاء الإيجار قائماً . فإذا طرأ الضرر ، أثناء سريان الإيجار ، فإنه يقع عندهم بمثابة عيب وقع قبل القبض ، ينهض سبباً موجباً للفسخ . وهكذا رد فقهاء الحنفية فسخ الإيجار بالضرر إلى فكرة العيب الحادث قبل القبض .

وما ينسب في بعض الأحيان إلى نظرية الظروف الطارئة ، اعتباراً بأنه يشمل تطبيقاً لها في مجال الفقه الإسلامي ، وضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر . والجوائع جمع جائحة ، وهي الشدة التي تتجلبق المال فتهلكه كله أو بعضه . وقال المالكية إنه إذا يمت الثمار على الشجر بعد ظهور صلاحها ، وهلكت بجائحة كلها أو بعضها ، فإن هلاكها يكون على البائع ، ويبرأ المشتري من الثمن . وسند المالكية فيما أرتأوه ما رواه مسلم عن جابر أن النبي عليه سلوات الله أمر بوضع الجوائع وأنه قال : « وإن يمت من أعيك ثمر ، فأصابته جائحة ، فلا يحمل لك أن تأخذ منه شيئاً » . ووضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر لا يشمل بدوره تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة وفق ما يقول به القانون المعاصر . فهو يقوم على اعتبار مغاير ، لا يرتد إلى مجرد الإرهاق الذي ينتاب المشتري نتيجة الحدث الطارئ ، وإنما إلى فكرة بقاء الشجر المعلقة به الثمار في حوزة البائع ، فهو من ثم يعتبر مسئولاً عما ينتاب الثمار من الهلاك .

وإذا وصلنا إلى أن فكرة فسخ الإيجار بالضرر ووضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر لا تشملان في حقيقة الواقع تطبيقين صافحين لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، فإننا نجد أقرب ما يكون تطبيقاً لها في مجال الفقه الإسلامي يشمل فيما قال به أبو يوسف - وهو القول المفق به عند الحنفية - من أن إذا تغيرت قيمة العملة بصد البيع ، وقبل وفاء الثمن . سواء أكان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشتري يلتزم ببلغ عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع . فلا شك أن تغيير قيمة العملة يرجع إلى حدث طارئ عزم ، وليس خاصاً بأحد الماقتدين . وذلك هو السمة الأساسية في أعمال نظرية الظروف الطارئة . ثم إن تغيير قيمة العملة بالارتفاع قد يكون من شأنه أن يرتب الإرهاق بالمشتري وهو المدين بالثمن . ولعل الخلاف الكبير بين مايقوله الحنفية في هذا الصدد وبين منطبق نظرية الظروف الطارئة في القانون المعاصر هو أنه إذا تغيرت العملة بالانخفاض ، فإنه يتصور إعمالها في عمومها ، على الأخص إذا كان البائع قد وفى بكل الالتزامات التي يترتب بالبيع عليه . إذ أن تخفيض العملة ، قبل الوفاء بالثمن ، وإن كان من شأنه أن يترتب السربالبائع وهو المدين بالثمن ، إلا أنه يشمل يسراً المشتري وهو المدين . ونظريتنا قاصت لتناصر المدين وحده لا الدائن . أما عند الحنفية ، فيجوز لأي من البائع أو المشتري أن يحاج بتغيير العملة ، ويطلب رد التزامه إلى الوضع السائد الذي يتمشى مع قيمتها وقت البيع . وواضح أن الفكرة الإسلامية أوسع رحمة وأعم عدلاً ، وأخلاق بالاتباع ، لا سجا في وقتنا الحاضر الذي بات فيه انخفاض قيمة العملة يسير بمعدلات رهيبه مجمعة كل الإجهاد =



يحل محل القانون بالنسبة إلى عاقيه ، الأمر الذي يدل على أنه ينبغي تلك الفكرة .

وقد سارت محكمة النقض الفرنسية دوماً على عدم تطبيق فكرة الظروف الطارئة ، ولا زالت مستقرة على رأيها هذا حتى الآن <sup>(١)</sup> . وهي ، في إصرارها على ذلك ، لم تشأ أن تلين أمام اعتبارات العدالة وحسن النية والرفق بالمدين التمس الحظ . تلك الاعتبارات التي نادى بها بعض الفقهاء في فرنسا كدعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . فلم تر في تلك الاعتبارات مبرراً كافياً لتحويل التقاضي سلطة تعديل آثار العقود ، لما رأت في ذلك من قلقلة واضطراب في الأوضاع الاقتصادية ، وإخلال بالائتمان والثقة المشروعة . وإذا كانت فكرة الظروف الطارئة لم تلق نجاحاً أمام القضاء العادي في فرنسا ، فقد كتب لها النصر مؤزراً أمام قضائها الإداري . فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على السير عليها . والسبب الذي حدا به إلى ذلك هو رغبته في استمرار المرافق العامة ، لاسيما تلك التي يعهد بإدارتها للأفراد أو للشركات في أداء خدماتها للجمهور <sup>(٢)</sup>

---

== بالدائنين . ولا ينبغي أن يقف في سبيل الأخذ بالفكرة الإسلامية لصالح الدائن تمسكنا بتلك الفكرة المتبعة البالية التي باتت خاوية المضمون ، وهي فكرة الحفاظ على الثقة في العقود .

ولعل الفكرة الإسلامية التي يشر بها أبو يوسف في خصوص تغيير قيمة الصلة قبل الوفاء بالدائن تقودنا . نحن رجال القانون المعاصر ، إلى التفكير ملياً في توسعة نظرية الظروف الطارئة ، بحيث لا تقتصر في تطبيقها على المدين وحده ، بل تشمل الدائن أيضاً ، عندما يكون من شأن الظروف الطارئة أن يضمن من حقه إلى حد بالغ كبير . وفي انخفاض قيمة الصلة إلى الحدود المروعة التي نشاهدها اليوم أبرز صوغ لما ننادي به .

(١) فالقضاء العادي في فرنسا يسير على وجه مستقر مطرد ثابت على علم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وذلك ابتداء من الحكم الذي أصدرته محكمة النقض في ٢٦ مارس ١٨٧٦ إلى الآن (راجع نقض فرنسي تجاري ١٨ يناير ١٩٤٩ Gaz. Pal. ١٩٥٠ - ٣٢٠ ، ومشهور أيضاً rev. trim ١٩٥٠ رقم ٣٦ ص ١٨) .

(٢) فالقانون الإداري ، بخلاف العقود المدنية ، تقوم على أداءات تمس الصالح العام . فإذا عهد ، مثلا ، إلى شركة بامتياز تزويد مدينة معينة بالمياه أو بالتور أو بالغاز أو بالمواصلات ، في نظير تمن محدد تنقيضه ، ثم طرأت ظروف لم تكن متوقعة أدت إلى ارتفاع ثمن تكلفة الخدمة ارتفاعاً كبيراً ، بحيث يتعذر معه أن تستمر الشركة في أدائها ، في مثل هذه الحالة ، لافرض من سلوك أحد طرفين : إما أن ينفذ العقد بشروطه ، الأمر الذي يهدد الشركة بالخراب ، ويصلها بالتالي =



٢٧٥ - وقد جاء القانون الملحق المصري القديم على غرار القانون الفرنسي فلم يتضمن نصاً يقضى بإعمال نظرية الظروف الطارئة . كبداً عام . وقد سار القضاء المصري تحت ظله ، وعلى رأسه محكمة النقض ، على نفس النهج التي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية ، فرفض تطبيق تلك النظرية . في غير ما صرح القانون بتطبيقها فيه ، وذلك حتى بالنسبة إلى ما يدخل في زمرة العقود الإدارية <sup>(١)</sup> التي كانت تدخل حينذاك في ولايته <sup>(٢)</sup> .

= أن تكف عن أن تقدم لجمهور الخطة التي نيط بها تقديمها ، وإما أن تعمل شروط العقد بما يرمع الخرج عن الشركة ، ويمكنها من الاستمرار في أداء الخطة المطلوبة منها . وقد فصل مجلس الدولة الفرنسي بملوك الطريق الأخير ، استجابة لداعي الصالح العام ، فأعمل نظرية الظروف الطارئة . ومن أم القضايا التي طبقت فيها هذه النظرية تلك الخاصة بشركة الغاز في مدينة « Bordeaux » بفرنسا . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة السابقة التزمت قبل اندلاع الحرب المالية الأولى بأن تقدم الغاز لجمهور بسعر محدد . وبعد قيام تلك الحرب ارتفع ثمن الفحم الذي يستخدم في توليد الغاز ارتفاعاً فاحشاً بلغ ثلاثة أمثال ثمنه من قبل . فرأت الشركة نفسها وقد تهددها الخراب . وقد أنقذها مجلس الدولة الفرنسي ، حيث قضى بتعديل آثار العقد تعديلاً يتناسب مع السعر الجديد للفحم ، حتى يمدد العقد التوازن الاقتصادي الذي اقتضاه نتيجة الظروف الطارئة . ( انظر مجلس الدولة الفرنسي ٣٠ مارس ١٩١٦ ، سيري ١٩١٦ - ٣ - ١٧ ، منشور أيضاً في دالور ١٩١٦ - ٣ - ٢٥ ) . وانظر أيضاً في نفس الاتجاه : مجلس الدولة الفرنسي ٩ ديسمبر ١٩٣٢ سيري ١٩٣٢ - ٣ - ٣٩ ، ١٥ يوليو ١٩٤٩ ، سيري ١٩٥٠ - ٣ - ٦١ .

(١) فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن العقود المدنية ، لم تنشأ في مصر إلا بعد إنشاء مجلس الدولة في ١٩٤٩ . إذ أن أساس نشأتها - وهو ثبوت الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها القضاء الإداري دون القضاء العادي - لم يكن ذا موضوع من قبل .

(٢) ومن أم القضايا التي عرضت في مصر ، تحت ظل قانونها القديم ، بشأن نظرية الظروف الطارئة ، تلك الخاصة بتوريد الذرة الموجهة لمصلحة الحدود . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصاً تعهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الحدود ، في وقت كانت خاضعة فيه لتقسيرة الجبرية ، ثم حدث في أثناء سريان العقد أن رفضت تلك التقسيرة ، الأمر الذي أدى إلى زيادة سعر الذرة إلى أكثر من الضعف . فامتنع المورد عن الاستمرار في التوريد متزعزعا بالظرف الطارئ . وقد تجاوزت منه محكمة استئناف مصر ، مقررة وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة ، تمسحاً مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التي تقضى بوجوب مساعدة الدين وانفاذه من الخراب ( انظر استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ ، المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم لحامد زكي في مجلة القانون والاقتصاد ص ٢ ) . وقد جاء في هذا الحكم : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المصالحين ، ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً -



ولقد حرص القانون المدني المصري الحالي على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة ، كبدأ عام شامل ، فتضمن نصاً خاصاً يقرها فيه ، هو نص المادة ١٤٧ / ٢ ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه (١) .

### ٢٧٦ - شروط تطبيق الظروف الطارئة :

يلزم . لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، توافر الشروط الستة الآتية :  
أولاً - يجب أن يقع حادث استثنائي : والمقصود بالحادث الاستثنائي ذلك الذي يندر حصوله ، بحيث يبدو شاذاً ، بحسب المألوف من شئون الحياة .

« استحالة مطلقة لحادث قهري ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا عرأت عند التنفيذ ، ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد ، من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما ، بحيث تخل بتوازنها في المقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً ( للمدين ) ، لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فإنه يكون من الظلم احترام العقد في هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب ... » . ولم يقدر هذا الحكم الجري الرافع أن يستقر . فقد ألغت محكمة النقض ( نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ . مجموعة الرسمية س ١٩٣٢ رقم ١١٠ ص ٢١٠ : وحشور أيضاً في مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ ) . قاضية بأن نظرية الظروف الطارئة ، برغم أنها تقوم على أساس من العدل والمفوى والإحسان . إلا أنه لا يجوز الأخذ بها في غير الحالات التي نص القانون على تطبيقها فيها ، وأنه لا يجوز للقضاء أن يستبق المشرع إلى ابتداعها كنظرية عامة شاملة .

وانظر أيضاً من أحكام القضاء المصري التي رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة قبل سريان القانون المدني الحالي ، استئناف مخطط ٣١ مارس ١٩٢٤ ، س ٣٦٧ ص ٢٨٠ . وقد أنكر هذا الحكم على شركة مياه الإسكندرية الحق في طلب زيادة مقابل توزيع المياه على جمهور المشتركين ، استناداً إلى ارتفاع التكلفة ارتفاعاً كبيراً . وانظر كذلك الاستئنافية المخططة ٦ مايو ١٩٢٦ ( الجازيت س ١٦ ص ٢٢٥ ) . وقد قضى هذا الحكم أن القانون المصري يحل نظرية الظروف الطارئة . وأن مهمة المحاكم تقتصر في تفسير المقود والعمل على احترامها . وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يناير ١٩٤٧ ، المحاماة س ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الشرع أراد أن يستبق في يده زمام نظرية الظروف الطارئة ، فيتدخل متى شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق قانون كما هو . وخلصت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه الذي يرفض القضاء بفسخ العقد ، بالرغم من أن ظروف الحرب المالية الثانية وطوارئها قد جعلت التزام المأقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧١ .



خلا يعمل الرجل العادي عليه ولا يدخل في حساباته ، كالحروب والزلازل والحرائق وانتشار الأوبئة والسيول العنيفة وغارات الجراد والتهام المحصول بالبلود بشكل غير معهود وفرض التسعيرة الجبرية ورفعها ، إلى غير ذلك كله من النوازل والأحداث .

وليس يلزم أن يكون الحدث الاستثنائي قد وقع نتيجة فعل الطبيعة أو نتيجة أية واقعة مادية أخرى ، بل إنه يعتبر كذلك وينهض بالتالي سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، حتى لو كان ناجماً عن صدور تشريع جديد ، كما هو الشأن على الأخص بالنسبة إلى صدور قانون الإصلاح الزراعي في عام ١٩٥٢ . وما ترتب عليه من انخفاض شديد في سعر الأراضي الزراعية الأمر الذي جعل الالتزام بدفع الثمن ، في البيوع التي تمت من قبل ، شديد الإرهاق بالمشتريين (١) .

ثانياً - يلزم أن يكون الحادث عاماً : فلا يكفي ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالمدين وحده (٢) ،

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ ملن ٢٦/٢٦٣ ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الشروط التي يطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو يحكم كونه قانوناً يعتبر حادثاً عاماً ، كما أنه حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه ولا مكناً دفعه . ولا يغير من ذلك كونه تشريعاً . ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المعلق قد أطلق التعبير عن الحادث ، فلم يقيمه بأن يكون علماً أو واقعة مادية . والنتيجة التي رتبها القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ - وما تضمنته مذكرته الإيضاحية - لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار قانون الإصلاح الزراعي ظرفاً طارئاً . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ ملن ٢٧/٢٤٠ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ - نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ ملن ٣٨/٢١١ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٧٩٩ رقم ١٤٠ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ ملن ٢٩/١٨٧ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ رقم ١٣٩ - نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ - نقض ١٩٦٥/٢١/٨ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ .

(٢) ولم يكن شرط الصومية في الحادث الطارئ منصوصاً عليه في المادة ٢/٢١٣ من المشروع التمهيدى ، التي أصبحت بعد شيء من التعديل المادة ٢/١٤٧ من القانون . فهو قد أصبح في لجنة المراجعة . وقد جاء في تقرير ذلك أن « الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير متظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير متطرة لجراد أو انتشار وباء ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٢ ) .



مهما كانت فداحته ، أو خاصاً به وبقله من الناس . فلا يسوغ للمدين مثلاً ، أن يتلوع ، في سبيل الوصول إلى تعديل آثار العقد ، بمرض أصابه أو بموت ابنة أو بحريق التهم داره وحدها . وإنما لا يلزم بالضرورة أن يكون الحادث شاملاً للناس جميعهم . فكل ما يتطلب هنا هو أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع . فالحريق الذي يلهم مدينة ، مثلاً ، أو حياً منها يمكن أن يعتبر ظرفاً طارئاً ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحادث الذي يلحق طائفة معينة من التجار أو متجى إحدى السلع .

ثالثاً — يتوجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد : فنظرية الظروف الطارئة ، كتنظرية القوة القاهرة تماماً ، لا تكون إلا بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد . ويتخذ هنا معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد . وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بالنظرية <sup>(١)</sup> . فلو أن حرباً ، مثلاً ، كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد ، بحيث كان الرجل المعتاد ، يتوقع حينئذ اندلاعها ، ما اعتبرت ظرفاً طارئاً إذا ما اندلعت ، إلا بالنسبة إلى ماتربته من نتائج غير متوقعة ، وذلك حتى لو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها <sup>(٢)</sup> .

وكون الحادث متوقفاً أو غير متوقع مسألة واقع ، تخضع في تقديرها

---

(١) انظر : نقض ١١/١١/١٩٦٩ طعن ٣١٧/٣٥ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١٩٣ رقم ١٨٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن « شرط تطبيق المادة ١٤٧/٢ أن يكون الحادث طارئاً غير متوقع الحصول وقت التعاقد ، بحيث لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلا حصول الحادث الطارئ . أو عدم توقعه » . وانظر أيضاً : نقض ٨/١١/١٩٥١ قضية ١٩/٧٤ مجموعة النقض س ٣ ص ٢٦ رقم ٥ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شخصاً أبرم مع الحكومة عقد توريده أظنية للمدارس أثناء الحرب العالمية الثانية ، ثم ارتفع سعر الحبوب ٧ مليارات ليرل الواحد ، فتمسك بنظرية الظروف الطارئة . ورفضت محكمة الموضوع دعواه ، تأسيساً على أن رفع السعر أثناء قيام الحرب حدث متوقع . وبازدات محكمة النقض ذلك القضاء من محكمة الموضوع .

(٢) ولكن إذا بلغ المدين من القلقة حدا جعله ، بخلاف غيره من سواد الناس ، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد ، ما استطاع أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث . لأنه لا يسوغ له أن يتألى من حصول أمر كان يحتمل وقوعه ، ودخل بذلك في اختياره ، سبباً ارتضى العقد .



تقاضى الموضوع ، بدون معقب عليه في تقديره لحكمة النقض ، مادام يبنى على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(١)</sup> .

رابعاً — يلزم أن يكون الحدث غير ممكن تقاضيه أو دفعه : فلو أن حدثاً استثنائياً قد وقع ، ولكنه كان من الممكن تقاضيه ، أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عنه ، ببذل الجهد المعقول ، ما أفلح سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، شأنها في هذا شأن نظرية القوة القاهرة تماماً . إذ أن المدين هنا يعتبر مقصراً ، ولا يستطيع أن يحمل دأته نتائج تقصيره . ومعيار تحديد كون الحدث ممكن تقاضيه أو دفعه هو معيار موضوعي مجرد أساسه الرجل العادي ، وليس معيار ذاتياً قوامه المدين نفسه . ثم أن هذه المسألة هي مسألة واقع تدخل في رحاب سلطة قاضي الموضوع التقديرية .

خامساً — يلزم أن يقع الحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه : فالسمة الأساسية التي يتصف بها الحدث الذي يحول تطبيق نظريتنا هو أن يكون طارئاً ، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه . فإن كان الحدث قد وقع قبل إبرام العقد ، مانهض سبباً لتعديل آثاره . إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به <sup>(٢)</sup> ، وارتضيا العقد على اعتبار وجوده . وكذلك لا تنطبق نظريتنا إذا كان الحدث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره <sup>(٣)</sup> . فإن كان العقد ، عند وقوع الحدث ، قد تنفذ بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر ، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذي لم يتنفذه ،

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/١١/١١ ونقض ١٩٥١/١١/٨ . وقد سبق الإشارة إلى

هذين الحكمين .

(٢) على أنه إذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، على غير علم من المتعاقدين ، كان

لذا أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لوجود المبرر الذي دعا إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طعن ٢٧/٢٤٥ مجموعة أحكام النقض س ١٣

س ١١٧٩ رقم ١٨٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن نظرية الظروف الطارئة « تطبق علماً يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذه الالتزام الذي رتبته . فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه يتقاضى ، واعتقد يتمتع انطباق نظرية الحوادث الطارئة . لأنها إنما ترد على التزام قائم لم يتنفذ بعد » .



دون ذلك الذى تنفذ ، مع ملاحظة أنه إذا كان تراخى المدين فى الوفاء بالتزامه إلى ما بعد طرء الحادث راجعاً إلى تقصيره ، فإنه لا يفيد بالضرورة من نظرية الظروف الطارئة (١) ، لأنه لا يمتنع للمدين أن يفيد على حساب دأته من خطأ يكون قد ارتكبه إزاءه . وكذلك لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضى .

وإذا كان شرط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون التزام المدين قائماً فى كله أو فى بعضه عند طرء الحدث ( باستثناء حالتى التقصير ونظرة الميسرة ) ، فإنه لا يهمل بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل مترافقاً تنفيذياً بدوره أم أنه قد تنفذ بالفعل (٢) .

سادساً — يلزم أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين . وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلاً ، بحيث يترتب للمدين المضيق العادى المألوف ، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق

(١) انظر : نقض ١٩٦٤/٢/٢٦ طعن ٢٩/٣٦٨ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم « أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط ( أقساط الثمن ) التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظروف الطارئة راجعاً إلى خطأ المدين . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ .

(٢) فلز أن يعمد قسماً فيه الثمن ، مثلاً ، وطرأ الحادث قبل الوفاء ببعض الأقساط الأخيرة ، ونجم عنه أن بات أداءها من المشتري بالغ الإرهاق به ، حتى لهذا الأخير أن يتسلك بنظرية الظروف الطارئة فى شأن تلك الأقساط ، حتى لو كان البائع نفسه قد وفى بالفعل كل الالتزامات التى يفرضها البيع عليه . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/٢/٢١ طعن ٢٨/٢٥٩ ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « لا يشترط فى تطبيق المادة ٢/١٤٧ مدى أن تكون الالتزامات المتبادلة مترافقة تنفيذياً على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ ، بل يكفى وجود التزام على أحد المدينين مترافق التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ، ثم صار مرهقاً للمدين ، دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذاً مترافقاً كذلك » .



والعنّت للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة <sup>(١)</sup> . فكما أنه يلزم في الحادث الذي يصلح دعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى ذات طبيعته ، يلزم أيضاً أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى أثره على تنفيذ الالتزام . وتقدير مدى مايرتبه الحادث من إرهاب للمدين مسألة موضوعية ، يستقل بها قاضى الموضوع من غير تعقيب عليه من محكمة النقض ، طالما استند في حكمه على أسباب تسوغه عقلاً ومنطقاً <sup>(٢)</sup> .

وإذا لزم أن يكون من شأن الحادث أن يجعل للالتزام بالغ الإرهاب للمدين ، فيجب ، لتطبيق نظريتنا ، أن يقف عند هذا الحد . فإن تعداه ووصل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولو جزئياً ، فإنه لا يكون سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإنما ينهض سبباً لتطبيق نظرية أخرى أقوى وأشد ، هي نظرية القوة القاهرة ، التى من شأن إعمالها أن ينقض الالتزام كلية ، في حين أن أثر نظريتنا يقتصر على تخفيف عبء الالتزام عن المدين فحسب ، وذلك برده إلى الحد المعقول <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر نقض مدني ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه «... يشترط في الإرهاب الذي يصوب للمدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديده بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لإعمال حكم الظروف الطارئة » . وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٢/٥/١٠ طعن ٢٦٦/٣٥٩ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٦٢٩ رقم ٩٥ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ - نقض ١٩٧٧/٣/١ طعن ٤٣/٥٨٠ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٦٠٠ رقم ١١٠ . (٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١ مجموعة النقض س ٢ ص ٦٠٠ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٧٢/١٢/١٢ طعن ٦٨/٤٧٥ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٢١ رقم ٥٣٢ - نقض ١٩٦١/١٢/٧ طعن ٢٦١/١٠٦ ق مجموعة النقض س ١٢ ص ٧٥٢ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً استئناف الكويت تجارى - الدائرة ٣ - ١٩٧٨/٤/٢٩ ، استئناف رقم ١٠٢٥ و ١٠٢٦/٧٧ تج . وقد قضى هذا الحكم بأن حرب أكتوبر ١٩٧٣ بين العرب وإسرائيل وما أعقبها من رفع أسعار البترول تعد حادثاً استثنائياً عاماً لم يكن في الوسخ توقعه من شأنه أن يفتح إعمال نظرية الظروف الطارئة . كما قضى الحكم بأن تأثير الصقعة على النزاع بالظرف الطارئ هو ما يدخل في السلطة التقديرية لتأني الموضوع .

(٣) هكذا يتركز الاختلاف الأساسى بين نظرية الظروف الطارئة ، من ناحية ، وبين نظرية القوة القاهرة ، من ناحية أخرى ، في الأمرين الآتيين : ( الأول ) يكفى في الحادث -



يظهر مما سبق أنه يلزم ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون من شأن الحادث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، دون أن يصل إلى حد جعل هذا التنفيذ مستحيلاً . ويراعى ، في توافر هذا الشرط ، معيار موضوعي مجرد يتعلق بالصفة ذاتها ، دون نظر إلى شخصية المدين وظروفه الخاصة . فعلى القاضى أن يقصر النظر على ذات العقد الذى يطلب منه تعديل حكمه ، وأثر الظروف الطارئ على تنفيذه ، من إحداث اختلال فى التوازن الاقتصادى بين الالتزامات المترتبة على كل من طرفيه ، دون اعتداد بعد ذلك بظروف المدين الخاصة من حيث إنها تمكنه من تنفيذ الالتزام أو لا تمكنه <sup>(١)</sup> ، ودون اعتداد كذلك بظروف الدائن من العسر أو اليسر . فلو أن شركة مثلاً ، التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء ، فى مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ، ثم طرأ حدث استثنائى عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ فى ثمن التكلفة ، كان للشركة أن تطلب راد التزامها إلى الحد المعقول ، تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة . حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار فى تنفيذ التزامها دون تخفيف . ولو أن شخصاً تعهد ، مثلاً ، بتوريد كمية من القمح بسعر معين . طوال مدة محدودة ، ثم نشبت خلال هذه المدة حرب أدت إلى ارتفاع سعر القمح إلى ضعفين أو ثلاثة ، كان له أن يفيد ، بالنسبة إلى المستقبل ، من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، حتى لو كان له من المال ما يمكنه من الاستمرار

---

= الذى ينهض سبباً لتطبيق النظرية الأولى أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين ، دون أن يصل إلى جعل هذا التنفيذ مستحيلاً . أما فى تطبيق نظرية القوة القاهرة ، فيلزم أن يكون من شأن الحادث الذى وقع أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالته المطلقة ، ولو بالنسبة إلى جزء منه . ( الثانى ) يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يخفف القاضى عبء الالتزام عن المدين ، بأن يرده إلى الحد المادل المعقول . فى حين أن تطبيق القوة القاهرة يؤدي إلى انقضاء الالتزام كلية ، وبالتالي إلى براءة المدين منه تماماً .

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٣/١ - نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ . وقد سبق الإشارة إلى تلك الأحكام . وانظر كذلك نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٤٩/٣٦٨ . مجموعة النقض ص ١٥ رقم ٤٠٩ - رقم ٦٧ - نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦/٢٤٣ فى مجموعة النقض من ٣٤ ص ٣٧ رقم ٤ - نقض ١٩٧٧/٣/١ ، مجموعة النقض ص ٢٨ من ٦٠٠ رقم ١١٠ .



في توريده القمح بالسعر المتفق عليه إلى نهاية المدة ، بل حتى لو كان قد خزن قبل اندلاع الحرب قمحاً يكفي لذلك ، وذلك ما لم يكن هذا التخزين قد تم إعمالاً لشرط في العقد يقضى به .

وإذا توجب ، عند تقدير شرط الإرهاق ، علم الاعتداد بظروف المدين أو الدائن الشخصية ، فإنه يلزم على التقيض من ذلك الاعتداد بظروف الصفقة ذاتها كما إذا صدر قانون يعوض المدين عن الخسارة التي لحقت من جراء الحادث الطارئ<sup>(١)</sup> .

### ٢٧٧ - مدى سريان نظرية الظروف الطارئة :

رأينا ، فيما سبق ، أن من شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ الحادث الاستثنائي العام غير المتوقع وغير الممكن تداركه ولا دفعه بعد إبرام العقد ، وقبل تمام تنفيذه . فن الأهمية بمكان أن يكون وقوع الحادث قبل تمام تنفيذ العقد . فإذا كان العقد قد تنفذ في كله أو في بعضه قبل طرؤه الحادث ، ما سرت نظريتنا في صدده ، أو في صدد ما تنفذ من الالتزامات المتولدة عنه .

وإذا توجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يقع الحادث الطارئ قبل تمام تنفيذ العقد ، فلا أهمية بعد ذلك للسبب الذي جعل هذا التنفيذ تراخي ، في كله أو في بعضه ، إلى ما بعد وقوعه . ف سواء أن يكون تراخي تنفيذ العقد إلى ما بعد وقوع الحادث ناجماً عن ذات طبيعة العقد ، أم أنه جاء نتيجة لإرادة العاقدين ذاتها . فكل ما يتطلبه القانون في هذا الخصوص أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه .

---

(١) عل أن الظرف الذي يلحق الصفقة ذاتها لا يمنع من إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان من شأنه أن يرفع الإرهاق عن المدين كلية . أما إذا كان من شأن هذا الظرف أن يخفف الإرهاق فحسب ، فإنه لا يمنع من تطبيق النظرية ، وإنما يضيّق من الأثر المترتب عليها . انظر في هذا الصدد نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٩/٢٦٨ ق مجموعة النقض ص ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن صدور قرار من مجلس الوزراء بمنح بعض التسهيلات لمشتري أراضي الحكومة لا يمنع من إعمال نظرية الظروف إذا ما ثبت أن تلك التسهيلات لم تجد في رد التزامه المرحق إلى الحد المعقول .



فن العقود ماتقتضى طبيعتها ذاتها أن يأتى تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام ، وهذا هو شأن العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها أحياناً ، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد وعقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة . ولاصعوبة فى مثل هذا النوع من العقود ، حيث إنه من المسلم سريان نظرية الظروف الطارئة فى شأنها ، بالنسبة إلى مايجب تنفيذ من الالتزامات المتولدة عنها بعد طرؤ الحدث الاستثنائى العام .

ولكن الصعوبة قد ثارت فى خصوص النوع الآخر من العقود ، ونعنى بها تلك التى تقتضى طبيعتها ذاتها أداء الالتزامات المتولدة عنها فور إبرامها . وهى ما يطلق عليها العقود الفورية ، ومثالها الفذ عقد البيع . فإذا اقتضت طبيعة هذه العقود أن يتم تنفيذها فور إبرامها ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق العاقدان على إرجاء تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها ، فى كلها أو فى بعضها ، إلى تاريخ لاحق . بل وكثيراً ما يحصل مثل هذا الاتفاق فى العمل . كما إذا رضى المتبايعان منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن فى كله أو فى بعضه ، أو اتفقا على قيام المشتري بدفع الثمن على أقساط . فإذا حصل مثل هذا الاتفاق ومنح المشتري ، مثلاً ، أجل للوفاء بالثمن ، أو قسط هذا الثمن عليه ، ثم طرأ الحدث فى الفترة ما بين إبرام البيع وحلول الأجل بالنسبة إلى الثمن أو بعض أقساطه . فهل يحق للمشتري أن يحتاج بنظرية الظروف الطارئة بقية تخفيف الالتزام عليه ، بعد أن صار شديد الإرهاق به ؟

لقد ثار هذا التساؤل بالفعل ، عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فقد كان من شأن هذا القانون هبوط أسعار الأراضى الزراعية إلى حد بالغ ، نتيجة بيع أراضى الاقطاعيين بأثمان زهيدة ، من ناحية ، ونتيجة تحديد أجره تلك الأراضى على نحو مخفض لا يتجاوز سبعة أمثال الضريبة المقررة عليها ، من ناحية أخرى . وهنارأى الأشخاص الذين كانوا قد اشتروا بالفعل أراضيه قبل صدور ذلك القانون ، ولم يدفعوا بعد أثمانها أو بعض أقساطها ، فى مركز بالغ الحرج . إذ أن تلك الأثمان باتت ، بمقارنتها



بالأسعار الحالية للأراضي ، شديدة الارتفاع ، بحيث إن أدائها بمقدارها المتفق عليه يتمثل إرهاباً كبيراً للمشترين . فجاء بعض هؤلاء وتمسكوا بنظرية الظروف الطارئة ، مطالبين بتخفيض الثمن المؤجل أو ماتبقي من أقساطه إلى الحد العادل الذى يرفع عنهم العنت والحرَج . فهل يجابون إلى مطلبهم ؟

انقسم القضاء فى هذا الخصوص رأيين . فقضت بعض المحاكم بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة فى حالتنا (١) . واستند هذا النظر إلى الحجج الآتية :

١ - تقتضى طبيعة النظرية ذاتها أن تكون الالتزامات المتبادلة بين الطرفين كليهما متراخية التنفيذ ، لأن يترأخى تنفيذ التزام أحد العاقدين وحده ، حالة كون العاقد الآخر قد وفى بالفعل التزاماته .

٢ - إذا كان من مقتضى العقد أن يؤدى المدين التزامه فور إبرامه ، وجاء الدائن واتفق معه على منحه أجلاً للوفاء به ، فإن العدالة تأبى أن يضار الدائن نتيجة ذلك . فهو قد منح المدين أجلاً بقصد التيسير عليه ، فلا يسوغ أن يجازى بإلحاق الضرر به .

٣ - نظرية الظروف الطارئة نظرية استثنائية ، إذ هى تنهض قيداً على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره .

وبرغم ماقد يظهر من قوة الحجج التى استند إليها الرأى القائل بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة على العقود التى يترأخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بمخالفة ذات طبيعتها . وإنما إعمالاً لإرادة عاقدتها فحسب ، فإن هذا الرأى لم يبد ، وسار القضاء فى مجموعه ، وعلى رأسه محكمة النقض ، على الرأى العكسى . موسعاً من نطاق إعمال نظرية الظروف الطارئة ، على النحو الذى يجعلها سارية حتى على العقود التى يترأخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بفعل إرادة عاقدتها وحدها . وقد أعمل القضاء هذه التوسعة فى

---

(١) انظر استئناف القاهرة ١٩٥٦/٢/٢٥ مشار إليه فى نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة

النقض من ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ .



شأن البيع المقسط فيه الثمن ، بالنسبة إلى الأقساط التي تحل بعد طرء الحادث (١) ،  
لأن النسبة إلى تلك التي حلت قبله .

والنظر الذي استقر عليه القضاء هو الذي يتمثل لنا صواباً . فالمادة  
١٤٧ / ٢ تحل نظرية الظروف الطارئة في شكل عام مطلق ، غير متطلبة  
لإعمالها أن يكون الالتزام الذي بات شديد الإرهاق بالمدين قد تراخى تنفيذه  
لسبب أو لآخر . والمطلق يؤخذ على إطلاقه ، مالم يعم الدليل على تقييده (٢) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٢ - نقض  
١٩٦٣/٣/٢١ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ - نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة  
النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ - نقض ١٩٦٤/١/٣ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩  
رقم ٦٧ - نقض ١٩٧٤/٧/٢ ، مجموعة النقض س ٢٥ ص ٨٩٥ . نقض ١٩٦٥/٢/١٨ ،  
مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ رقم ٣٠ . وانظر كذلك محكمة القضاء الإداري ١٩٦٠/٧/١٤ ،  
مجموعة عبد المنعم حسن ، تحت كلمة (الزام) المادة ١٤٧/٢ رقم ١٨ - محكمة القضاء الإداري  
١٩٦٢/٦/١٩ ، المرجع السابق رقم ٢٤ . وانظر في نفس الاتجاه : السجوري ، تطبيق نظرية  
الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي ، مقال منشور في المحاماة  
سبتمبر ١٩٦٠ ص ١٠٧ - وانظر أيضاً : محمد عبد الجواد ، مجال تطبيق نظرية الظروف  
الطارئة ، المحاماة س ٣١ ص ١٨٨ .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/١/٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذه  
الحكم أنه : « واذ بين من هذا النص (نص المادة ١٤٧/٢) أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام  
التصادقي ، دون أن يخصص نوعاً من الالتزام التصادقي بعينه ، وإنما أورد النص عاماً بحيث  
يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة  
من الزمن ، يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً  
لمدين ، فإن هذه النظرية تطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري ، كما تنطبق على  
العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات المدينين ، لتحقق حكمة التشريع  
في الحالتين ، وهي إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي المقدر في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه ،  
نتيجة لظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة ، وذلك برفع الثمن عن المدين تمكياً  
له من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير . وهذا الإرهاق كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة  
دورية أو مستمرة ، يحدث كذلك في الالتزامات المؤجلة التنفيذ . حل أنه يشترط لتطبيق نظرية  
الحوادث الطارئة ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى  
خطأ المدين . إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره . . . . . وانظر في نفس الاتجاه  
نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه . وقد أورد هذا الحكم نفس العبارة التي سردناها  
حالاً من حكم ١٩٦٣/١/٣ فيها عدا شرطها الأخير ، ثم زاد عليها قوله : « ولا يتحقق تطبيق =



وقضلا عن ذلك ، فنظريتنا ، إن نهضت استثناء على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، فهي تستهدف الرحمة بمدّين تعس الخط . وليس ينبغي علينا أن نضيق من أبواب الرحمة على التعساء . وزيادة على كل ماتقدم ، فأكثر ما يمكن أن يقال في حالتنا إن ثمة شكاً فيما إذا كان المشرع قد أراد قصر أعمال النظرية على العقود الزمنية . أم إنه أراد أن يجعلها سارية حتى على تلك التي يترأخى تمام تنفيذها بفعل إرادة عاقدتها وحدها . وهذا الشك ينبغي تفسيره في مصلحة المدّين . فإن كان الشك في قصد العاقدين يفسر في مثل حالتنا في مصلحة المدّين ( المادة ١٥١ / ١ ) . فإن الشك في قصد المشرع أولى به أن يوجه تلك الوجهة .

أما القول ، كما يذهب الرأي المعارض ، بأن طبيعة نظرية الظروف الطارئة تقتضي أن يكون التراخي في التنفيذ قائماً على سبيل التقابل بالنسبة إلى التزامات الطرفين كليهما . فردود عليه بأن ذلك . وإن كان حقاً من طبيعة النظرية . إلا أنه ليس من مستلزماتها . فكل ما يتطلبه القانون في هذا الخصوص أن يكون التزام المدّين متراخي التنفيذ بغير تقصير منه . بغض النظر عما إذا كان الالتزام المقابل على الطرف الآخر متراخياً تنفيذه بلوزه من علمه (١) . فالغاية التي تستهدفها النظرية هو منع الاختلال الجسيم في التوازن الاقتصادي الذي قد يطرأ على الالتزام في مراحل حياته ، بين نشأته وتنفيذه ، بالشروط التي بينهاها .

ثم إن منح المدّين أجلاً للوفاء بالتزامه لا يتمثل بالضرورة تفضيلاً عليه به من دأته . فهو في العادة شرط ارتضاء الدائن نفسه . لكي يرتضى المدّين بدوره العقد ، فلولاها لما كان لهذا العقد قيام بالشروط التي تم عليها (٢) .

— نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيما التزم كله أو بعضه أن إرجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري فلا ينبغي أن يقصر به البائع ، ذلك لأن الأجل أمر ملحوظ في التصاقه على الصفقة أصلاً ، لولاها ما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشتري يدفع الثمن تفضيلاً من البائع .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/٢/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه .



وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تسرى على ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات الناجمة عن العقد عند وقوع الحدث الطارىء ، دون اعتبار لطبيعة هذا العقد ، فوراً كان أم من عقود المدة ، فإنه تستثنى من ذلك على نحو ما بيناه منذ قليل ، الحالة التي يكون الالتزام فيها قد حل أداؤه قبل طرؤه الحدث ، ولكن المدين قد قصر <sup>(١)</sup> في الوفاء به إلى ما بعد وقوعه . فالمدين هنا محطىء ، ولا ينبغي أن ينهض خطؤه فائدة له وضرراً على غيره .

### ٢٧٨ - نظرية الظروف الطارئة والعقود الاحتمالية :

ثمّة تساؤل قد يطرح نفسه في خصوص تحديد مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة . ويتمثل هذا التساؤل فيما إذا كانت تلك النظرية تسرى على العقود الاحتمالية ، أو عقود الضرر كما يطلق عليها في الفقه الإسلامى ، أو لا تسرى . ومرد ذلك التساؤل هو أن طبيعة العقود الاحتمالية تقتضى بذاتها أن يتوقع المتعاقد الخسارة كما يتوقع الكسب ، لأنها مبنية على المخاطرة .

وقد قضت محكمة النقض بعدم إعمال النظرية في شأن عقد من العقود الاحتمالية ، هو عقد بيع القطن لأجل ، أو بيع الكمثرات ، كما كان يسمى ، وهو عقد كان يتم في القديم في بورصة القطن ، وذلك تأسيساً على أن « المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بمقد احتمالي مبتاه فكرة المخاطرة » <sup>(٢)</sup> .

والقول على وجه الإطلاق والشمول بأن نظريتنا لا تنطبق على العقود الاحتمالية محل نظر . فليس له سند من القانون . صحيح أن تلك العقود تنطوى على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة ، ولكن تلك المخاطرة تتحدد في ذاتها وفي مداها بالظروف التي أبرم العقد في كنفها . فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن في الحسبان ، وجعلت أداء الالتزام بالغ العنت على المدين

(١) وينبغي هنا لاحتياار المدين مقصراً على النحو الذى يحرمه من التسك نظرية الظروف الطارئة أن يكون قد تقاضى من الوفاء بالتزامه ، بعد حلول أجله ، وبعد إعداره . فإن كان أجل الالتزام قد حل ، ولكن الفائز لم يطر المدين بوجوب وقائه ، ما اعتبر المدين مقصراً . إذ أن للمدين هنا أن يأخذ سكوت الدائن من مطالبته بالوفاء على محمل التسامح منه .

(٢) انظر : نقض ٦٦/٢/١٥ طعن ٢١/١١٧ فى مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ .



على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الرجل العادى يتوقعه عند إبرام العقد ، فإنه لا يوجد نمة سند قانونى لكنى نتأى بالنظرية عن التطبيق .

### ٢٧٩ - أثر الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى بينها ، أمكن إعمال أثرها . ويركز هذا الأثر فى أنه يتوجب على القاضى ، إذا طلب منه المدين ذلك . أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول الذى يراه متفقاً مع العدالة وحسن النية . وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وفى ذلك تقتضى المادة ١٤٧ / ٢ فى شطرها الأخير بأنه : « ... جاز <sup>(١)</sup> للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ... » .

ورد الالتزام إلى الحد المعقول يتمثل فى تخفيف عبئه عن المدين . ويتم ذلك بإنقاص مدى الالتزام الذى أصبح مرهقاً أو بزيادة قيمة الالتزام المقابل <sup>(٢)</sup> ، وفقاً لما يراه القاضى منسقاً مع الظروف ، وعلى النحو الذى تقتضيه العدالة وبمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما . ومثال تخفيض مدى الالتزام ما حدث ، عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ :

(١) لا يفهم من عبارة « جاز للقاضى » الواردة فى النص أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله ، ورغم توافر شروطها ، بل يتعين عليه هذا الإعمال . انظر فى ذلك مناقشات لجنة القانون المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ لس ٢٨٤ و ٢٨٥ . على أنه لا يسوغ للقاضى بطبيعة الحال أن يمسس نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه ، إنما يلزم أن يطلب منه المدين ذلك . فإعمال النظرية رخصة للمدين ، له أن يفيد منها أو أن يحجم عنها . فإن طلب الإفادة منها ، وتوافرت شروطها ، تعين على القاضى أن يحميه إلى إعمالها فى حقه . (٢) ويلاحظ أن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية يختلف عنه فى العقود المدنية . فن وجه أول ، لا يستطيع القاضى إنقاص التزام المدين . ذلك لأن الفرض هو أن القيام بالعمل المناط بالمدين يمتثل بالصالح العام ، ومن ثم فإنه يترتب على إنقاصه الإضرار بهذا الصالح . ومن وجه ثان ، لا يستطيع القاضى إلزام الإدارة بأن تزيد قيمتها ثمنه مقابل ما يقبله المدين المرهق . إذ أنه لا يمكن أن يوجه أوامر للإدارة . وهكذا لا يبقى أمام القاضى الإدارى ، فى مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة ، إلا الحكم للمدين المرهق بالتعويض ( راجع فى هذا الموضوع ، سليمان الطماوى ، العقود الإدارية ط ٣ ص ٦٨٥ وما بعدها ) .



الذى كان من شأنه أن تخفضت قيمة الأراضي الزراعية انخفاضاً كبيراً ، بحيث أصبح الأشخاص الذين كانوا قد سبق لهم أن اشتروا أراضيهم قبل صدور ذلك القانون ، بأثمان بائت باهظة بمقارنتها بالأسعار الحالية ، مهددين بخسارة فادحة ، فطلبوا إنقاص مالم يكونوا قد أدوه من الثمن . وأجابههم المحاكم إلى مطلبهم <sup>(١)</sup> . ومثال زيادة قيمة الالتزام المقابل : أن يلتزم شخص بتوريد اللحوم أو الخبز أو الغلال <sup>(٢)</sup> أو غيرها من حاجيات الحياة خلال مدة معلومة بثمن معين ، ثم يحدث ظرف طارئ غير متوقع يؤدي إلى ارتفاع السعر ارتفاعاً باهظاً ، هنا يسوغ للقاضي أن يزيد الثمن إلى الحد المعقول الذى تقتضيه العدالة ويتمشى مع اعتبارات حسن النية .

والقاضي ، وهو بصدد رد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص هذا الالتزام أو بزيادة الالتزام المقابل ، لا يرفع عن المدين كل ما طرأ عليه من عنت وضيق ، وبعبارة أخرى كل ما يتهدده من خسارة . فنظرية الظروف الطارئة لا تستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رحمة به . ولا تتغيا إبعاد كل خسارة عنه . وهى إذ تفعل ذلك ، تقصر التخفيف على العبء الاستثنائى الذى وقع ، ولا تمس العبء العادى المألوف فى التعامل . فالخسارة العادية المألوفة فى التعامل يتحملها المدين وحده ، ولا يحق له أن يطلب من القاضي تخفيف عبئها عنه <sup>(٣)</sup> . لأن مثل هذه الخسارة تتمثل أمراً

---

(١) راجع أحكام القضاء التى أشرنا إليها فى هامش (١) ص ٥٤٨ .

(٢) كانت المادة ٢١٣ من المشروع انتهى تنص على أن أثر الظروف الطارئة هو أن ينقص القاضي الالتزام المرفق إلى الحد المعقول . ولوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ بان الحال قد يقتضى زيادة الالتزام المقابل . وضرب لذلك مثال شخص يلتزم بتوريد كمية من اللحم بسعر معين ، ثم يرتفع السعر ارتفاعاً باهظاً بسبب طارئ فيحكم القاضي بزيادة الثمن . وكان من شأن تلك الملاحظة أن استبدل بعبارة « أن ينقص الالتزام » عبارة « أن يرد الالتزام » . انظر مجموعة الأعمال التضيرية ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٣) انظر : نفس ١٩٧٧/٣/١ ط ٥٨٠/٤٢٣ق مجموعة النقص ص ٢٨ ص ٦٠٠ رقم ١١٠ . وقد جاء فى هذا الحكم : « مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المذم أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحدوث الطارئ ، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرفقاً إلى الحد المعقول . وهو حين يختار فى حدود سلطته التقديرية =



متوقفاً عند التعاقد ، ونظريتنا لاتواجه إلا الأمر الاستثنائي غير المتوقع .  
فلو أن شخصاً التزم ، مثلاً ، بأن يورد لآخر كمية من القمح بسعر عشرين  
جنيهاً للأردب ، ثم وقعت جرب أدت إلى ارتفاع ثمن القمح إلى مائة ،  
وكانت الزيادة العادية المألوفة في التعامل هي عشرة جنيهات ، وجب أن  
يتحمل المورد هذا المبلغ الأخير وحده . أما القدر الباقي من الزيادة ،  
ومقداره سبعون جنيهاً ، فهو الذي يرد التخفيف عليه .

والقاضي ، بعد أن يقتطع الحسارة العادية المألوفة في التعامل ليلقى بها  
على عاتق المدين وحده : يوزع عبء ما تبقى من الحسارة ، أي الحسارة

= الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل غسارة عن عاتق المدين ويجعلها للدائن  
وحده ، لكنه يجد من فداحة هذه الحسارة التي تصيب المدين ويصل بها إلى الحد المقبول بتحصيل  
المدين الحسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من  
خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط في مراعاة الموازنة  
بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الفاتية للمدين ، لأن المشرع - وعلى ما أنصحت  
عنه الأعمال التشريعية للقانون - أضى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ، ولم يأخذ  
فيها بمقياس ذاتي أو شخصي ، وإنما جعل معيارها موضوعياً . وانظر : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠  
طعن ١٤٢ و ٣٧/١٦٦ بق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٢٠ رقم ٢٢٧ . وتتلخص وقائع  
القضية التي صدر فيها الحكم ، في حدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، في أن شخصاً باع لآخر  
أرضاً بشئ معلوم ، وسجل جزءاً منه ، وأرجأ الباقي إلى تاريخ لاحق ، وخلال فترة الأجل المحدد  
لدفع باقي الثمن ، صدر قانون الإصلاح الزراعي ، وتمسك المشتري بنظرية الظروف الطارئة  
مطالباً بإعفائه من باقي الثمن . وأجابته محكمة الموضوع إلى ما طلب . وخطأت محكمة النقض هذا  
القضاء ، تأسيساً على أن ما دفع من الثمن قبل وقوع الحدث الطارئ انتهى أمره من حيث إن  
نظرية الظروف الطارئة لا تسري عليه . أما الباقي من الثمن الذي يحل أجله بعد طرؤه الحدث ،  
فإن سرت النظرية عليه ، فليس من شأن ذلك أن يحل المشتري كلفة منه ، وإنما يقتصر أثرها  
على تخفيف عبء عنه فحسب ، وذلك بتحميله قدر الزيادة في الثمن المألوفة في التعامل ، ثم قسمة  
الباقي بينه وبين البايع . وفي ذلك يقول الحكم إنه لا يترتب على نظرية الظروف الطارئة « أن  
يرفع القاضي عن المدين كل ما لحق به من إرهاق ويلقى به على كامل الدائن وحده ، بل عليه أن  
يرد الالتزام المرحق إلى الحد المنقول ، وذلك بتحصيل المدين الحسارة المألوفة التي كان يمكن  
توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من غسارة غير مألوفة بين المتعاقدين ،  
مراعياً في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما . ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين  
من التزامه إعفاء تاماً . . . »



الاستثنائية على المدنيين والدائن . على النحو الذى يراه متفقاً مع العدالة ومقتضيات حسن النية وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وليس يوجد فى المادة ١٤٧ / ٢ ما يتحدد معه نسبة توزيع تلك الخسارة الاستثنائية . ومع ذلك تسير محكمة النقض على توزيعها بالسوية بين الطرفين ، أى مناصفة بينهما <sup>(١)</sup> .

ونكرر هنا أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص مداه أو بزيادة الالتزام المقابل ، لا يكون إلا بالنسبة إلى ما يراد تنفيذه منه بعد وقوع الحادث الطارئ ، ومع استثناء ما يكون المدنيين قد تقاعس عن تنفيذه مخطئه قبل ذلك . فما وقع وفاقه من الالتزام ، أو حل أجله وقصر المدنيين فى أدائه منه قبل طروء الحدث ، لا يدخل فى الاعتبار عند إعمال نظرية الظروف الطارئة <sup>(٢)</sup> . فإذا أبرم بيع ، مثلاً ، بثمن مجزأ على أقساط ، ووقع الحادث الطارئ بعد حلول أجل بعض تلك الأقساط ، فإن مادفع بالفعل منها . أو لم يدفع بتقشير من المشتري ، لا تعمل النظرية فى شأنه ، ويقتصر إعمالها على باقى الأقساط : سواء ما حل أجلها منها بعد وقوع الحادث الطارئ وما حل أجلها قبل ذلك ، ولكن الدائن لم يعتبر المدنيين بأدائها ، لاعتباره بذلك متساهلاً ، وكأنه مد للمدين أجل الوفاء بها . بل أن ليس كل ما يجيء من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارئ ينخفض بالضرورة لنظرينتنا ، وإنما يقتصر أثرها على ما يتوافر فى شأنه شرط الإرهاق فحسب . فأقساط الثمن المستقبلية التى لا يثبت لقاضى الموضوع قيام شرط الإرهاق فى خصوصها ينبغي أن تبعد من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة ، فلا يتناولها التخفيف <sup>(٣)</sup> ، وإن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الإرهاق فى شأنها .

(١) راجع : نقض ١٩٧٧/٣/١ ونقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ المشار إليهما فى الخامس السابق . وانتظر فى هذا الاتجاه من الفقهاء : السبوري ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٢١ - جلال زكى ، المرحج السابق نبذة ١٧٥ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧٦ .

(٣) انظر نقض مدعى مصرى ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة للإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه فى حالة إعمال نظرية الظروف الطارئة فى عقود البيع =



وإذا جاز للقاضي ، إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة ، أن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول ، بأن ينقص من مده أو يزيد في مقابله ، فإنه يتمتع عليه ، إعمالاً لتلك النظرية ، أن يقضى بفسخ العقد<sup>(١)</sup> و<sup>(٢)</sup> ، إلا إذا كان ذلك بناء على طلب المتعاقدين الذي تعمل النظرية لإضراراً به ، كوسيلة للتدخل من تعديل آثار العقد<sup>(٣)</sup> . بل إنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقد . بخلاف ما رآه بعض الفقهاء<sup>(٤)</sup> ، وإن جاز له أن ينظر المدين إلى ميسرة

التي يكون ائتمن فيها مطلقاً ، يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء الذي تضمنته إلا بالنسبة لقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح ، بسبب وقوع الطرف الطارئ غير المتوقع ، مرهقاً له ، بحيث يهدد بخسارة فادحة . أما باقي الأقساط المستحقة فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء ، إذا ثبت أن هناك احتمالاً لزوال أثر هذا الطرف الطارئ عند استحقاقها . ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الإداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة . . . . . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ ، مجموعة النقض ص ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ .

(١) انظر في هذا الاتجاه : السجوري ، المرجع السابق نبرة ٤٢١ - حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبرة ٣٤٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبرة ٢٩٧ .

(٢) وفي منع المدين من طلب فسخ العقد ، يختلف قانوننا عن القانون البولوني ، حيث يميز هذا الأخير ، في المادة ٢٦٩ من تقنيته للالتزامات ، المحسنة « أن تبين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » . كما يختلف أيضاً عن القانون الإيطالي حيث يخول المدين إذا ما وقع ظرف طارئ أن يطلب فسخ العقد ، ما لم يدرأه الدائن بعرضه تمديداً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة ( المادة ١٤٦٧ مدني إيطاليا ) .

(٣) فللمادة ٢/١٤٧ ، وإن منحت المدين رخصة تعديل آثار العقد بحد التزامه إلى أخيه المعقول ، وإن ألزمت الدائن بهذا التعديل ، إلا أنها لا تلزمه به إلا إذا أراد الإبقاء على العقد . فالدائن أن يضادى ذلك التعديل بطلب فسخ العقد . صحيح أن هذه الرخصة التي نقول بها للدائن لا تجب لها ستاداً في ذات نص المادة ٢/١٤٧ ولا في الأعمال التفسيرية التي اكتسفت وضعه ، ومع ذلك فإنها أول بالابتعاد . ذلك لأن تعديل آثار العقد بحكم القاضي أمر استثنائي يتناقض مع المبدأ الأساسي القاضي بقوة الملزومة ، الأمر الذي يتحتم منه أن ينظر إليه في حلول الروح التي ينبغي أن تسود المادة ٢/١٤٧ ونظرية الظروف الطارئة التي أرادت أن تتبناها ، وهي روح الرأفة بالمدين دون التصحية كلية للدائن . فإن توجب على هذا الأخير أن يذعن لما يراه القاضي من تعديل في العقد ، فيلزم أن يكون ذلك مقصوراً على الحالة التي يريد فيها الإبقاء عليه قائماً ، دون جرماته من الرخصة في أن يتجنب هذا التعديل بطلب فسخ العقد . انظر في هذا الاتجاه : السجوري ، المرجع السابق نبرة ٤٢١ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبرة ٢٩٧ .

(٤) انظر في هذا الاتجاه : السجوري ، المرجع السابق - عبد المنعم الصده المرجع السابق - حشمت أبو ستيت ، نبرة ٣٤٥ .



أى منحه أجلاً<sup>(١)</sup> ، إعمالاً للقاعدة العامة فى الوفاء ( المادة ٢/٣٤٦ ) . فكل ما تخوله المادة ١٤٧ / ٢ هو رد الالتزام المرق إلى الحد المعقول . فهى لا تعطى المدين رخصة التحرر من الالتزام بالكلية عن طريق فسخ العقد<sup>(٢)</sup> ، ولا رخصة إيقاف العقد ولو مؤقتاً .

وأياً ما كان التعديل الذى يرد على الالتزام ، إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة : فإن الحكم الذى يقضى به لا يبرى : إلا طالما بقى السبب الذى أدى إليه ، تطبيقاً لقاعدة أن العلة تلور مع المعلوم وجوداً وعدماً . فإذا زال الظرف الطارئ الذى أدى إلى القضاء بتعديل أثر العقد ، وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل . والرجوع بالتالى إلى ما كان يقضى به العقد من قبله ، وذلك بالنسبة إلى ما يرفع عنه أثر الظرف الطارئ من تنفيذ الالتزام . كذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعود المدين مرة أخرى للقاضى ، ويطلب منه إجراء تعديل جديد فى عبء التزامه : إذا نشأ ظرف طارئ آخر صعب عليه تنفيذ الالتزام أكثر من الأول . وذلك كله مع مراعاة قوة الأمر المقضى بطبيعة الحال .

#### ٢٨٠ - نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين ويلزم تمسكه بها :

نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين دون الدائن : قالدائن لا يفيد من تلك النظرية ، حتى لو أصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق به ،

---

(١) انظر : السهورى ، المرجع السابق - عبد المنعم الصده المرجع السابق - جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبة ١٧٥ .

(٢) انظر مع ذلك المادة ٤/٦٥٨ التى وردت فى شأن عقد المقاولة قاضية بأنه : « ... إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فهذا النص يعطى القاضى رخصة زيادة أجر المقاول أو فسخ العقد . وهو بهذه المثابة يتخالف مع ما تقضى به المادة ٢/١٤٧ . ويشتر من ثم تطبيقاً خاصاً أملاه المشرع لنظرية الظروف الطارئة . راجع فى هذا المعنى السهورى ، الوسيط ج ٧ مجلد نبة ١٠٤ . وانظر . نقض ١١/٢٤ / ١٩٧٠ ملن ٣٦/١٩٩ بجموعة النقض ص ٢١ ص ١١٤٨ رقم ١٨٧ .



كما إذا إرجى الثمن في بيع ، ثم هبطت القوة الشرائية للنقود على نحو فادح  
جسيم لسبب طارئ غير متوقع ، أو طرأ ذلك الهبوط في القوة الشرائية  
للنقود على عقد إيجار طويل الأمد .

والحق إن ما نلاحظه اليوم من تضخم هبوط القوة الشرائية للنقود ،  
واستمراره بدون انقطاع منذ أمد طويل ، يجعلنا نهيى بالمشرع أن يواجه  
هذا الخطر المتزايد على الدائنين ذوى الحقوق الممتدة في وجودها إلى آجال  
طويلة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى تلك التى يفرض هو نفسه امتدادها إلى تلك  
الآجال ، كما هو الشأن في إيجار الأماكن والأراضى الزراعية . ويكفينا  
تدليلاً على مدى جسامه ذلك الخطر أن نشير إلى أجرة المنازل والشقق  
والحوانيت ونحوها التى أجرت من زمن طويل ، لاسيما تلك التى أجرت قبل  
أول يناير سنة ١٩٤٤ ، فلم تعد تلك الأجرة - بعد الانخفاض الرهيب في  
القوة الشرائية للنقود متناسبة البتة مع القيمة الإيجارية السوقية ، الأمر الذى  
بات يلحق المؤجرين بظلم اجتماعى فادح جسيم <sup>(١)</sup> .

وإذا كانت نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة مقررة لمصلحة المدين  
وجده دون الدائن ، فإنه يلزمه أن يتمسك بها ويطلب من القاضى إعاها  
في حقه . فليس للقاضى أن يطبقها من تلقاء نفسه .

وإذا توجب على المدين أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا شاء  
أن يفيد منها ، فإنه يجوز له ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة  
الموضوع . فيستطيع أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .  
ولكن لا يجوز له التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ذلك لأن الحكم  
الاستئنافى الذى لا يعمل النظرية ، حالة أن المدين لم يتمسك بها ، لا يعتبر أنه

---

(١) ولعل قيا قاله أبو يوسف - وهو القول المفضى به عند الحنفية - من إنه إذا تغيرت  
قيمة العملة بعد البيع وقبل الوفاء بالثمن ، سواء كان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشتري  
يلزم بدفع عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة الصلة عند البيع ؛ لعل هذا القول من الفقيه الإسلامى  
الكبير يدعونا إلى التذكير في تبنى حكمه في ظل قانوننا ، عن طريق التوسعة في نظرية الظروف  
الطارئة ، أو عن أى طريق آخر من مسالك القانون (راجع في ذلك ما سبق أن قلناه في شأن فكرة  
نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامى ، هامش (١) ص ٥٤٢ ) .



قد أخطأ في تطبيق القانون . ثم أن أعمال النظرية يستلزم التعرّف إلى توافر شروطها ، وهى شروط تقوم كلها على وقائع . وليس من مهمة محكمة النقض أن تبحث في الوقائع ، بل هى لا تنتظر في مسائل القانون إذا خالطه واقع <sup>(١)</sup> .

### ٢٨١ - نظرية الظروف الطارئة من النظام العام :

وأينا الأثر المترتب على أعمال نظرية الظروف الطارئة ، والذي يتمثل في ثبوت الرخصة للمدين في أن يطلب من القاضى رد التزامه ، الذى بات مرهقاً ، إلى الحد المعقول . وإعمال هذه النظرية ، برغم أنه يحق للمدين منفعة خاصة ، بتخفيف عبء الالتزام عنه ، إلا أنه يتصل بالنظام العام ، حيث إنه يتغيا في النهاية الرحمة والرفق بأشخاص شاعت ظروف طارئة عامة واستثنائية أن تجعل تنفيذ الالتزام ، على نحو ما جاء به العقد ، شديد الإرهاق بهم بحيث يتهددهم بخسارة فادحة وغير مألوفة لم تكن في الحساب . وهى من بعد ظروف غير متوقعة ، وليس لم يذ فيها ، ولا يستطيع دفعها . وهكذا يتمثل أعمال النظرية مظهراً من مظاهر العدالة الاجتماعية . ومن هنا كان اتصالها بالنظام العام .

وبترتب على اتصال نظرية الحوادث الطارئة بالنظام العام أنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق على إبعاد أثرها <sup>(٢)</sup> . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لعدم مشروعية محله ، وسواء في ذلك أن يجيء الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده . وفي هذا جاءت المادة ١٤٧ / ٢ ، بعد أن بينت شروط إعمال النظرية ، وأثرها ، تقول : « ... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٧/٢ طعن ٣٤٤/١٧٠ مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٣٩ رقم ١٨٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه لا يجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة أمام محكمة النقض إذا لم يكن قد حصل التمسك بها أمام محكمة الموضوع . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٤/١٢/٢ طعن ٣٩٩/٢٠٥ مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن الادعاء بقيام حادث طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً هو دفاع يخالطه واقع ، فلا يجوز إثباته لأول مرة أمام محكمة النقض . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ طعن ٣٣٦/١٩٩ مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٤٨ رقم ١٨٧ .

(٢) وفي هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة من نظرية القوة القاهرة ، التي يؤدى إعمالها إلى انقضاء الالتزام ، إذ يسوغ الاتفاق على تحمل المدين ثمة القوة القاهرة ( المادة ٢١٧ / ١ ) .



## ٢٨٢ - نظرية الظروف الطارئة والقواعد القانونية العامة :

تبيننا فيما سبق الأثر الخطير الذى يترتب على إعمال نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، والذى يتمثل فى منح القاضى سلطة تعديل آثار العقد ، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذى يتوافق مع مقتضيات العدالة وحسن النية ، وشرف التعامل .

والنظرية بهذه المثابة تتمثل خروجاً على القواعد القانونية العامة ، وذلك من وجهين : ( الأول ) هى تودى إلى تعديل آثار العقد بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما ، وتصطدم بالتالى مع المبدأ الأساسى الذى يسود العقود ، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد . ( الثانى ) هى تمنح القاضى سلطة تتجاوز المألوف من صلاحياته ، حيث إنها ترخص له فى تعديل آثار العقد ، فى حين أن الأصل فى سلطانه على العقود الصحيحة يقف عند حد تفسيرها وإعمال حكمها وإزالتها عن طريق الفسخ إذا وقع التعارض فى الوفاء بالالتزامات المتولدة عنها من أحد عاقدىها إضراراً بالآخر .

وقد كان من شأن خروج نظريتنا عن القواعد القانونية العامة أن خربها الفكر القانونى ردهاً طويلاً من الزمن ، برغم ما تقوم عليه من اعتبارات إنسانية قوية وظاهرة <sup>(١)</sup> ، بل إنه لازالت المحاكم فى كثير من البلاد ، وعلى رأسها فرنسا بالنسبة إلى قضائها العادى ، تمتنع عن أن تستجيب إليها . ولم تعملها المحاكم فى أكثر البلاد الأخرى ، ومن بينها مصرنا ، إلا بعد أن امتدت إليها يد المشرع فقننتها ، وذلك من عهد ليس بجد بعيد .

وإذا كان من شأن إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تثبت للقاضى . فى صدد العقد ، السلطة فى تعديل آثاره ، متجاوزاً فى ذلك حدود سلطته الأصلية لإزائه ، ومتخطياً الإرادة المشتركة للعاقدين ، فإنه يجد مع ذلك مبرره القوى فى أنه يتمثل رفقاً بمدين تعسر به الحظ ، إذ شادت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسابان . وهو بهذه المثابة

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٢٧٤ و ٢٧٥ .



يتضمن تخفيفاً من شدة القانون وصرامة أحكامه ، ويعطى تنفيذ العقد بطابع العدالة الاجتماعية والرحمة والإنسانية . ثم أن أعمال نظرية الظروف الطارئة ليس المظهر الوحيد للخروج بالقاضي عن مألوف سلطاته في صدد العقود في وقتنا الحاضر . فقد منحه المشرع ، لاعتبارات هامة قدرها ، وفي حدود معلومة رسمها ، السلطة في إقامة العقد ( نظرية تحول العقد — المادة ١٤٤ ) ، والسلطة في تكملة شروط العقد ( المادة ٩٥ ) ، بل والسلطة في إهدار شروط العقد التعسفية في عقود الإذعان ( المادة ١٤٩ ) .

وقد رأى بعض الفقهاء <sup>(١)</sup> أن قانوننا المدني تضمن عدة تطبيقات تشريعية خاصة لنظرية الحوادث الطارئة ، وذكرنا من بينها نظرية الميسرة ( المادة ٣٤٦ / ٢ ) ، وتخفيض أجر الوكيل ( المادة ٧٠٩ / ٢ ) ، وإنهاء الإيجار بالعذر ( المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦٠١ و ٦١٦ / ٢ ) ، وتعديل حق الارتفاق ( المادة ١٠٢٣ / ٢ والمادة ١٠٢٩ ) ، وزيادة أجر القاول أو فسخ عقد المقاولة عند حلول ما يحل بالتوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين ( المادة ٦٥٨ / ٤ ) . والأمور السابقة كلها ، فيما عدا الأخير <sup>(٢)</sup> ، لا تعتبر في الحقيقة تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة ، إذ هي تختلف عنها اختلافاً جديراً في شروط إعمالها وأثرها ، وتستند إلى اعتبارات أخرى غير تلك التي تستند إليها .

---

(١) راجع السهوري ، الوسيط ج ٤٢٢ .

(٢) أنظر ما سبق ، هامش (٢) من ص ٥٦٤ .



## الفصل الثالث

### نسبية آثار العقد

٢٨٣ - عرفنا من سياق دراستنا في الفصل السابق أن الأصل في العقد أنه يلزم بكل مايجيء فيه ، وهذا هو ما يطلق عليه « القوة الملزمة للعقد » . وإذا وصلنا إلى أن العقد يلزم بما يجيء فيه ، ثار التساؤل عن الأشخاص الذين يلزمهم به ، وبعبارة أخرى عن الأشخاص الذين يخضعون لقوته الملزمة . وهدفتنا في هذا الفصل أن نحدد هؤلاء الأشخاص .

ومن البداية أن العقد ينتج آثاره في مواجهة عاقيه . ولكنه لا يقف عندهما . فهو يتعداهما إلى من يحلون محلهما في حقوقهما التي ينظمها ، أى من يخلفونهما فيها . كما أنه قد يؤثر بطريق غير مباشر في دائنهما ، عن طريق ما يؤدي إليه من زيادة أو نقص في الضمان العام . هكذا تبرز الحقيقة الأولى ، ومؤداها أن آثار العقد تنصرف أصلا إلى عاقيه ، كما أنها قد تنصرف من بعدهما إلى خلفائهما ، كما أنها تؤثر بطريق غير مباشر في حقوق دائنهما .

وإذا كانت آثار العقد تنصرف إلى عاقيه وخلفائهما وتؤثر في حقوق دائنهما ، فالأصل أنها تقف عند هؤلاء لا تتجاوزهم إلى الغير . وهذه هي الحقيقة الثانية ، ومؤداها عدم سريان آثار العقد على الغير .

وهاتان الحقيقتان تكونان معاً « مبدأ نسبية آثار العقد » . بمعنى أن العقد ينتج آثاره في مجال محدد ، هو ذلك الخاص بالمتعاقدين وخلفائهما ودائنهما ، ولا ينتج أثراً ما في خارج هذا المجال ، وبعبارة أخرى لا ينتج أثراً ما في مواجهة الغير .

ونبدأ بتناول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفائهما ودائنهما ، ثم نتكلم في مبدأ عدم انصراف آثاره إلى الغير .



## المبحث الأول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف والنائين

٢٨٤ — انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين :

تنصرف آثار العقد بالضرورة إلى المتعاقدين ( المادة ١٤٥ ) . فهما اللذان صنعاه ، وهما بالتالى اللذان يتأثران به .

٢٨٥ — انصراف أثر العقد إلى الخلف :

إذا كان انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أمراً تختمه ذات طبيعته ، فقد شاعت طبيعة الحياة التى نعيشها أن تنصرف تلك الآثار إلى من يخلفون هذين المتعاقدين فى حقوقهما . فالإنسان إلى زوال . ولابد ، بعد موته ، من وجود من يخلفه فى الحقوق التى يتركها . وحينئذ يتأثر هذا الخلف بالعقود التى سبق لسلفه أن أبرمها . بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى آخر حال حياته ، فيتأثر الثانى بالعقود التى سبق للأول أن أبرمها متعلقة بها . هكذا تنصرف آثار العقود ، من بعد عاقلها ، إلى خلفائهما .

ويقصد بالخلف الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره . وهو نوعان :  
خلف عام وخلف خاص .

والخلف العام هو من يخلف سلفه فى كل حقوقه ، أى من تميم خلافة إياه فى كل هذه الحقوق جميعها ، سواء أخلفه فيها وحده ، أو خلفه فيها مع غيره . بنسبة معينة منها ، كالنصف أو الثلث أو الربع . وفى ضوء هذا التحديد ، يبين أن الخلف العام ، بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أى الإنسان<sup>(١)</sup> ، هو أحد اثنين :

---

(١) والخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعى أو الإنسان . فقد تكون أيضاً فى شأن الشخص الاعتبارى . ويحصل ذلك فى الحالة التى يفنى فيها شخص اعتبارى بكل ذمته المالية ، أو بكل ما له من حقوق وما عليه من التزامات ، فى شخص اعتبارى آخر ، سواء أكان هذا =



- ١- الوارث ، سواء أكان وحيداً أو مع غيره .  
٢- الموصى له بنسبة من مجموع الشركة ، كثلها أو ربعها أو خمدىها .

= الأخير موجوداً من قبل ، أم نشأ بعد فناء الأول فيه . وهذه هى على وجه الخصوص هى حالة الانتماع . وأبرز تطبيقاتها العملية انتماع شركة فى أخرى . فشخصية الشركة المنتجة تزول وتبقى فى شخصية الشركة الداجة ، وتتول كل حقوق والتزامات الأولى لثانية . وهكذا تختلف الشركة الداجة الشركة المنتجة فى كل حقوقها والتزاماتها ، أى أنها تعتبر خلقاً عاماً لها . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الانتماع فى شركات المساهمة هذا الحكم ، وسارت عليه محكمة النقض فى العديد من أحكامها . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٨/١٢/١٩٧٣ طعن ٣٨/١١٣ طعن ٢٤ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٨٠ رقم ٢٢٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « وحيث إنه لما كان إدماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه ... أن تبقى الشركة المنتجة وتنمى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الداجة فيها لما من حقوق وما عليها من التزامات ، وتحلها فى ذلك خلافة عامة ، ومن ثم تخصص وحدها فى خصوص الحقوق والديون التى كانت للشركة المنتجة أو عليها . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ ... ذلك الأصل ما لم يتفق على خلافه فى عقد الانتماع ... » . وانظر أيضاً : نقض ١٥/٢/١٩٧٧ طعن ٤٤/٦١ طعن ٢٨ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٤٥٤ رقم ٨٧ - نقض ٢١/٥/١٩٧٠ طعن ٣٦/٧٦ طعن ٢١ مجموعة النقض س ٢١ ص ٨٨٠ رقم ١٤١ - نقض ١٥/٣/١٩٦٦ طعن ٣١/٢٨٣ طعن ١٧ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٨٥ رقم ٨٠ . وانظر من الفقهاء : ثروت عبد الرحيم ، شرح القانون التجارى الكويتى نبذة ٤٣٨ . وقارن محمد شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى نبذة ٨٥٢ . وهو يرى أن الشركة الداجة تسأل عن ديون الشركة المنتجة على أساس حوالة الدين ، الأمر الذى يقتضى إقرار الدائن لحوالة . وهؤى هذا الرأى القول بعدم حصول الخلافة العامة للشركة الداجة ، وإن عاد المؤلف بعد ذلك إلى القول بأن دائن الشركة المنتجة يستطيع أن يطالب الشركة الداجة يدينه على أساس أن هذه الأخيرة قد تلقت من الأولى كتلة من الأموال *universalité* فأصبحت بالنسبة إليها فى مركز الخلف العام . وفى هذا القول شيء من التضارب والمخالط لبس بقليل .

وقد طبقت محكمة النقض فكرة الخلافة العامة الناتجة من الانتماع على الجمعيات ، قاضية بأن الجمعية الداجة تختلف الجمعية المنتجة خلافة عامة ( انظر : نقض ١٤/٥/١٩٦٤ طعن ٣٠٤/٢٩ مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٨٥ رقم ١٠٨ ) .

ولكن محكمة النقض رفضت إعمال فكرة الخلافة فى حالة التأميم . انظر نقض ١٣/٤/١٩٧٤ طعن ١٥١/٣٨ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٦٧٦ رقم ١٠٨ . وقد ورد هذا الحكم فى خصوص تأميم مستشفى المؤاساة وأيلولتها إلى المؤسسة البلابية محافظة الاسكتيرية ، وخلص إلى عدم مسئولية هذه الأخيرة عن ديون الأولى . ولا نرى سناً لهذا الحكم من القانون . فالمؤسسة المؤمة تنتقل إلى الدولة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، ما لم يقتض القانون بغير ذلك . وما أشبه حالة «



أما الخلف الخاص ، فهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه ، ومن ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل . فمن يشتري ، مثلاً ، أرضاً أو منزلاً أو سيارة ، يعتبر خلفاً خاصاً للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه . وكذلك يعتبر الموهوب له خلفاً خاصاً للواهب فيما وهبه إياه . ومن يتقرر له حق ارتفاق أو حق رهن ، يعتبر أيضاً خلفاً خاصاً للمالك الشيء الذي تقرر الحق عليه . ويعتبر خلفاً خاصاً ، في النهاية ، من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل . عن طريق حوالته إليه (١) .

وانصراف آثار العقد إلى الخلف يتنوع في حكمه ، بحسب ما إذا كان هذا الخلف عاماً أو خاصاً . وذلك على النحو التالي :

#### ٢٨٦ - انصراف آثار العقد إلى الخلف العام :

الأصل أن آثار العقد ، بعد أن تلتحق المتعاقدين ، تنصرف ، على أثر موت كل منهما ، إلى خلفه العام . وفي ذلك تقضي المادة ١٤٥ بأنه :

«التأم بحالة الائتماج . ثم إنه لا يقبل حقلاً أن تنتقل حقوق المؤسسة المؤتمة إلى الدولة بكاملها ، ولا تنتقل إليها - بغير نص خاص - الديون التي كانت عليها » ، وتضيق من ثم على أصحابها . على أن الخلافة العامة لا تكون إلا إذا أمت المؤسسة ككل .

وقد رفضت محكمة النقض كذلك فكرة الخلافة العامة في حالة استيلاء الدولة على أموال الآخرين من أفراد أو شركات . انظر : نقض ١٩٦٩/١٢/٣٠ ملحق ٣٥/٤١٢ مجموعة النقض ص ٢٠ ص ١٣٦٣ رقم ٢١٢ . وقد قضى هذا الحكم بأنه ليس من شأن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم تجارة الأدوية ونحوها - والذي قضى باستيلاء وزارة التموين على المهمات الطبية الموجودة لدى الغير وتسليمها إلى المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية - أن تحمل هذه المؤسسة الأخيرة محل المسئول لديهم في حقوقهم والتزاماتهم ، وأن يبقى هؤلاء الأخيرون مسئولين عن ديونهم إزاء دائرتهم . وهذا من محكمتنا العليا قضاء سليم . إذ أن مجرد الاستيلاء على بعض أموال شخص لا يفتي شخصيته في شخص المسئول .

(١) ومثال ذلك أن يكون لـ (أ) حق مقداره مائة جنيه على (ب) ، ثم يموت (أ) حقه هذا إلى (ج) ؛ هنا يعتبر (ج) خلفاً خاصاً لـ (أ) . أما إذا نشأ الحق الشخصي ابتداءً كما إذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود ، فلا تكون ثمة خلافة . فالمقرض لا يعتبر خلفاً للمقرض ، وإنما هو دائن له . إذ أن الخلافة لا تكون ، إلا حينما يوجب الحق لشخص ثم ينتقل منه إلى غيره . فهي لا تتوافر إذا تواجد الحق لشخص ابتداءً .



« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

فبعد أن يموت العاقد ، تنصرف آثار العقد ، الذي سبق له أن أبرمه ، إلى خلفه العام ، أي إلى وارثه ، ومن عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من تركته . هذه هي القاعدة العامة .

وإذا كانت آثار العقد الذي أبرمه السلف تسرى على خلفه العام ، فإن العقد نفسه يسرى على الخلف العام بنفس الوضع الذي كان سارياً به من قبل على سلفه . وهكذا لا يلزم لسريان عقد السلف على خلفه العام وانصراف آثاره إليه أن يكون ثابت التاريخ <sup>(١)</sup> . كما أن الخلف لا يكون له من أدلة الإثبات في مواجهة المتعاقد مع سلفه ، إلا ما كان لهذا الأخير منها <sup>(٢)</sup> .

وتسرى قاعدة انصراف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى خلفه العام بالنسبة إلى الحقوق التي يرتبها العقد . فإذا مات البائع مثلاً ، خلفه وارثه في الحقوق التي تنشأ من البيع : لاسيما الثمن . وإذا مات المشتري ، خلفه وارثه في حقوقه ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بنقل الملكية وبسلم المبيع .

أما بالنسبة إلى الديون ، فلا يعمل في ظل قانوننا المصري ، شأنه في ذلك شأن غيره من قوانين البلاد التي تقضي بخضوع الميراث لحكم الشريعة الإسلامية : بأحكام الخلافة كقاعدة عامة . إذ يحول دونها المبدأ العام الذي يسود نظام الميراث الإسلامي ، وهو مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . فإذا مات العاقد ، وكان من شأن العقد الذي سبق له أن أبرمه أن يحمله بالالتزام معين ، فالأصل أن يبدأ بتصفية هذا الالتزام عن طريق أدائه من أموال التركة ، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة . فكان الوارث إذن

(١) انظر نقض ١١/٥/١٩٧٢ ، مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨٥٢ .

(٢) انظر نقض ٢٣/٣/٦١ ملن ٢٥/٤٥٩ ق مجموعة النقض س ١٢ ص ٢٦٠ رقم ٣٥ .



لا يخلف سلفه في دينه<sup>(١)</sup>، وإنما الذي يخلفه فيه ، في الحقيقة ، هو تركته<sup>(٢)</sup> . وهذا هو ما أراد المشرع أن يتحفظ بشأنه بقوله إن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام ، « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » . بيد أن الوارث ، وإن كان من الناحية القانونية لا يخلف مورثه في ديونه ، إلا أنه يتأثر بتلك الديون بطريق غير مباشر ، حيث إنها تقلل بالضرورة من أموال التركة ، وبالتالي من حصته فيها .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن آثار العقد تنصرف من بعد موت العاقد إلى خلفه العام ، في الحدود التي رسمناها - إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ ترد عليها الاستثناءات الآتية :

١ - إذا تضمن العقد أن أثره من آثاره لا ينتقل من العاقد إلى خلفه . مادام الشرط القاضي بذلك لا يخالف النظام العام . ومثال هذه الحالة ، أن يؤجر شخص لآخر سيارته لمدة معينة ، ويتفقان على إنهاء الإجارة بموت المستأجر ، إذا وقع قبل فواتها .

٢ - إذا اقتضت طبيعة التعامل أن الحق الناشئ من العقد لا ينتقل إلى الخلف أو أن الالتزام لا يثقل تركته . ويحصل ذلك في كل حالة يبرم فيها العقد بمراعاة شخصية المتعاقد ، كمعقد الشركة ، وعقد المزارعة ، وعقد

---

(١) وهذا بخلاف المعمول به في القانون الفرنسي ، حيث يعتبر الوارث مجرد امتداد لشخصية المورث ، الأمر الذي يترتب عليه أن يخلف الأول الثاني في كل حقوقه وكل ديونه على سواء . والنتيجة المترتبة على هذا المبدأ هي أن الوارث يلتزم بديون مورثه بالغة ما بلغت قيمتها ، أي حتى لو زادت في مبلغها عن نصيبه من أمواله . بيد أن القانون الفرنسي يلجأ إلى تخفيف حدة هذه القاعدة بأن يحول الوارث ألا يلتزم بديون مورثه إلا في حدود ما يتناوله من تركته ، وذلك إذا ما قبل التركة بشرط الجرد *Sous bénéfice d'inventaire* ، كما يحوله أيضاً حق رفض التركة برسمها .

(٢) على أن قصر الخلقة على الحقوق دون الديون ، نتيجة إعمال قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » ، لا يكون بطبيعة الحال إلا بالنسبة إلى الشخص الطبيعي أي الإنسان . أما بالنسبة إلى الشخص الاعتباري ، فمن خلافته العامة لسلفه تم على الديون كما تم على الحقوق - راجع في ذلك هامش (١) ص ٥٧٠ .



الوكالة (١) ، والعقد الذي يلزم به طبيب بعلاج مريض .

٣ - إذا قضى القانون بأن أثر العقد أو التصرف عموماً لا ينصرف إلى الخلف . وأهم ما يقضى به القانون في هذا الصدد هو ما تعلق بالوصية . فإن كان القانون يبيع للشخص أن يتصرف في كل ماله تصرفاً نافذاً في حق ورثته ، حتى لو كان ذلك بطريق التبرع ، وحتى لو قصد من تصرفه ألا يخلف لورثته من بعده شيئاً (٢) . مادام هذا التصرف غير مضاف في إنتاج أثره إلى ما بعد موت صاحبه ، إلا أنه يقيد حق الشخص في إجراء التصرفات المضافة في إنتاج أثرها إلى ما بعد وفاته ، أي هو يقيد في إجراء الوصية . فإن كان للشخص . مثلاً ، أن يبيع ماله ولو كله ، أو يهبه أو يقفه على الخبز ، مع سريان تصرفه من بعد موته على ورثته ، إلا أنه لا يسوغ له إجراء وصية في حق هؤلاء الورثة ، إلا في حدود ثلث ما يخلفه في تركته (٣) .

---

(١) انظر : نقض ١٣/١٩٦٨ طعن ١٠٦/٣٣٢ مجموعة النقض ص ١٩ س ٢٥٤ رقم ٣٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضي بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين ، بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقات القانونية شخصية بحتة . وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون » .

(٢) وهنا يبرز الفارق الكبير بين الورثة وبين الدائنين . فالقانون وإن كان لا يحصى الأولين من تصرفات المورث المنجزة ، أي التي من شأنها أن تنتج آثارها حال الحياة ، فهو يحصى الدائنين من تصرفات مدينهم ، إن كان مصرراً ، عن طريق الدعوى البولسية بشروطها القانونية (المادة ٢٣٧ وما بعدها) .

(٣) والحكمة التي أدت بالمشرع إلى إجراء هذه التفرقة بين التصرفات المنجزة ، كالتبيع والمبة والوقف من ناحية ، والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت ، وهو الوصية ، من ناحية أخرى ؛ الحكمة من هذه التفرقة هي أن في نفاذ التصرفات الأولى حال حياة المتصرف وحرمانه بالتالي شخصياً من الأموال التي وردت عليها ، ما يجعله يتردد في إجرائها ، ولا يلجأ إليها إلا عند الضرورة . وهكذا يكون الورثة في هذا المجال مشمولين بالحماية ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . أما الوصية ، فهي لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة مبرمها . وهي بذلك لا تحرم هذا الأخير شخصياً من المال . الأمر الذي قد يشجعه على إبرامها ، فيضار الورثة منها . لذلك عمد المشرع إلى حماية الورثة من آثار الوصية ، فقرر أنها لا تسري في حقهم ، إلا في حدود الثلث .



هكذا نصل إلى أن القانون يقضى بأن آثار الوصية لا تنصرف إلى الورثة فيما تجاوز الثلث . ولم يكف القانون بذلك . بل قرر أن كل تصرف يجريه الشخص في مرض موته ، على سبيل التبرع ، يعتبر وصية ويأخذ حكمها .  
أيأ ما كانت التسمية التي تطلق عليه ( المادة ١/٩١٦ ) . ثم إنه أقام قرينة قانونية مؤداها افتراض أن التصرف الصادر في مرض الموت قد جاء على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له هذا التصرف أنه قد أجرى معاوضة ( المادة ٣/٩١٦ ) . والورثة في إثباتهم أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض موته ، يعتبرون في حكم الغير ، لأنهم يستهدفون بذلك اعتباره وصية<sup>(١)</sup> ، وبالتالي عدم سريانه في حقهم ، إلا في حدود الثلث . ولذلك فلا يحتاج عليهم بتاريخ التصرف ، إن لم يكن ثابتاً بوجه رسمي . وهنا يحق لهم أن يقيموا الدليل على أن التصرف قد صدر حقيقة في مرض الموت بكافة أدلة الإثبات ( المادة ٢/٩١٦ ) .

ومما يقضى به القانون في خصوص عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام أن حق نفص الاشرط لمصلحة الغير لا يكون إلا للمشرط ، فلا ينتقل من بعده إلى خلفه ، على نحو ما سنبينه بعد قليل عند تناول الاشرط لمصلحة

---

(١) انظر : نفق ١٩٦٦/١/١٣ ملن ٣١/٢٢٠ في مجموعة النفق س ١٧ ص ١٦٢ رقم ١٧ . وقد جاء في هذا الحكم أنه التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ، ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته . أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه . ولا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طمعه على هذا التصرف هو أنه ... في حقيقته وصية ، أو أنه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر حينئذ في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستند الوارث حقه من القانون مباشرة لحماية له من تصرفات مورثه . . . . . وانظر كذلك نفق ١٩٦٤/٤/٩ ، مجموعة النفق س ١٥ ص ٥٢٥ رقم ٨٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوارث في طمعه في البيع الصادر من مورثه بأنه وصيه أو بأنه في مرض الموت ، يستند حقه في الطعن من القانون . لا باعتباره خلفاً عاماً . ومن ثم يكون له الإثبات بكل الطرق . أما إذا كان الطعن في تصرف مورثه بالصورية المطلقة ، فهو يعتبر خلفاً عاماً ، ولا يكون له إلا ما كان لسلفه .



الغير . ومما يقضى به القانون في هذا الصدد أيضاً ما تعلق بعقد الوكالة (١) .  
إذ أن الوكالة تنتهي بحسب الأصل بموت أى من الموكل أو الوكيل ( المادة ٧١٤ ) .

يخلص من كل ما سبق أن الأصل هو أن أثر العقد ، أو التصرف عموماً .  
ينصرف من بعد وفاة العاقد ، إلى خلفه العام ، « ما لم يتبين من العقد أو من  
طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

#### ٢٨٧ - انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

تنصرف آثار العقد الذى يبرمه السلف ، بشروط محددة ، إلى خلفه  
الخاص . وفي ذلك تقضى المادة ١٤٦ بأنه : « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً  
شخصية تصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات  
والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذى ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت  
من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

فإذا أبرم شخص عقداً ، وأنشأ هذا العقد في ذمته حقوقاً أو التزامات  
متصلة بشيء معين ، كما إذا أمن على منزله ضد خطر الحريق ، ثم انتقل  
هذا الشيء إلى آخر ، كما إذا باعه له . فإن الحقوق أو الالتزامات السابقة  
تنتقل ، مع انتقال الشيء ، من السلف إلى الخلف . على أنه يلزم ، لحصول  
هذا الانتقال ، أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون العقد الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات التى يقع  
فيها الاستخلاف سابقاً في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف .  
فلو أن شخصاً أمن على منزله ضد الحريق ، ثم باعه ، أمكن لحقه في التأمين  
أن ينتقل منه إلى المشتري . أما إذا أبرم التأمين بعد البيع ، فإن الاستخلاف  
لا يحل في الحق المتولد عنه . وإذا التزم شخص نحو جاره بالآيى على أرضه .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٣/٢/١٩٦٨ ، مجرعة النقض س ١٩ ص ٢٥٤ رقم ٣٨  
السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بعدم سريان وكالة المحامى على ورثة موكله ، وبعدم  
أحقية بالتالى في مطالبتهم شخصياً بأنمايه عن مجهوداته التالية لوفاة المورث .



أو بالأبغى عليها لأكثر من ارتفاع عدد : حتى يمكنه من الهواء والنظر ، ثم باع الملتزم أرضه تلك في تاريخ لاحق ، انتقل الالتزام بعدم البناء إلى المشتري ، حيث يستخلف البائع فيه : بشرط أن يكون عالماً بالتضيد في البناء عند البيع ، على نحو ما سندكره في الشرط الثالث . ومؤدى القواعد العامة هنا أن يكون السبق في تاريخ نشوء الالتزام على البيع ثابتاً بوجه رسمي <sup>(١)</sup> ، إذ أن المشتري ، بالنسبة إلى العقد الذي ولد الالتزام بالتضيد في البناء ، يعتبر من الغير . بيد أن في تطلب علم الخلف الخاص بالعقد الذي أبرمه سلفه قبل خلافته إياه ، والذي يراد له أن ينصرف أثره إليه ، ما يعني عن ثبوت تاريخه ، أو هو في مقام ثبوت هذا التاريخ . فإدام الخلف يعلم أن سلفه قد سبق له أن أبرم العقد الذي رتب الالتزام المتعلق بالشئ الذي صارت من بعد خلافته فيه ، فيكون غير ذى موضوع أن يحاج بعدم ثبوت تاريخه بوجه رسمي <sup>(٢)</sup> .

(١) راجع الأعمال التصفيرية ج ٢ ص ٢٧٥ فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٢٠٦ مهيدي .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/١ طعن ٣١/٢٠٧ ق مجموعة أحكام النقض ص ١٧ ص ٢٢١

رقم ٢٩ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شخصاً تعهد لآخر بأن يقيم مبنى من ستة طوابق ويؤجره له لكي يستعمله فندقاً ، كما تعهد له بأن يركب في هذا المبنى مصعداً . ثم المؤجر البناء وسلمه للمستأجر ، دون أن يركب المصعد ، ثم باع المبنى لابنته حالة كونها تعلم بالتزامه بتركيب المصعد . طالب المستأجر بعد ذلك أن تسمح له المحكمة بتركيب المصعد على أن يرجع بالتكلفة على المشتري ، باعتبار أنها خلف خاص للبائع ينصرف إليها التزامه بتركيب المصعد . دفتت المشتري الدعوى بقائلها إن العقد الذي ولد على سلفها (البائع) الالتزام بتركيب المصعد ليس ثابت التاريخ قبل انتقال ملكية المبنى إليها . ولم تسأرها محكمتنا العليا في هذا النظر ، اعتباراً بأن علمها قبل انتقال ملكية المبنى إليها بالتزام سلفها بتركيب المصعد يعني عن ثبوت التاريخ بوجه رسمي ، بل إنه في مقامه . وهي في ذلك تقول إن مفاد المادة ١٤٦ مدني ، « إذ تقرر القاعدة العامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشئ إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى هذا الخلف الخاص عالماً بالقد وقب انتقال الملكية إليه . وإذا لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ ، فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ، ويعد طريقاً من طرق إثبات الورقة العرفية ضده ، فصيح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً ... » . وانظر في هذا الاتجاه ، وفي خصوص أن علم المتصرف إليه بالعين المؤجرة بإيجارها يعني عن ثبوت تاريخ الإيجار بوجه رسمي ، مؤلفتنا عقد الإيجار نبذة ٧٩ .



٢ - يجب أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذي انتقل من السلف إلى الخلف ، بحيث تنشأ الحقوق في خدمة هذا المال بطريق مباشر . على نحو يمكن معه القول بأنها تتصل به على اعتبار أنها من توابعه هو الخادمة له والمفيدة في استخلاص<sup>(١)</sup> المنفعة منه<sup>(٢)</sup> ، وبحيث تنشأ الالتزامات<sup>(٣)</sup> لتحديد الانتفاع بالمال وتضييق من مجال الاستفادة منه ، على نحو يمكن معه القول بأنها تعتبر من محدداته<sup>(٤)</sup> .

**فالحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف يلزم أن تكون قد**

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٢٠٦ منه التي أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ، ما يأتى : « والثاني ( الشرط الثاني ) أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء . ويحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعمود التأمين ، مثلاً ، أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به ، كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء » .

(٢) ومن الحقوق التي اعتبرها القضاء من توابيع الشيء ، والتي يشملها بالذات الاستخلاف ، حق رجوع المشتري على بائنه بضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفى ، فهذا الحق ينتقل إلى المتصرف إليه من المشتري ، بحيث يستطيع الرجوع على البائع الأصل بدعوى مباشرة ، وليس فقط بدعوى مديته ( انظر نقص باريس ١٢ نوفمبر ١٨٨٤ ، دالوز ١٨٨٥ ، ١ ، ٣٥٧ ) . وانظر في نفس المعنى : السهوى ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ٦١٠ هامش ٢ ) ، وحق المشتري في تسلّم المبيع من بائنه ، حيث ينتقل هذا الحق لمن يشتري ثانية الشيء من مشتريه الأول ( راجع نقص مصرى ملغى ١٢/٢٧/١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ص ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١ . وقد جاء في هذا الحكم أن عقد البيع ينقل للمشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ، ومنها حق البائع في تسلّم المبيع من البائع السابق ) ، وحق مالك البناء بالرجوع بالمسئولية على المهندس أو المقاول ، حيث ينتقل حقه هذا مع العين نفسها عند تصرفه فيها كما لو باعها ( انظر Trib. civ. seine ١٩٤٤/٧/٧ ، سبرى ١٩٤٥ - ٢ - ٩ . وانظر أيضاً Aix ١٩٥٤/١٠/٦ ، J.C.P. ١٩٥٥ - ٢ - ٨٥٤٨ وتعليق Rodière ، ومنشور أيضاً في rev. tr. dr. civ. ١٩٥٥ ص ٦٧٤ وملاحظات Carbonnier .

(٣) المقصود بالالتزامات هنا هو مدلولها الحقيقي . أما الأعيان العينية التي تتمثل حقوقاً عينية كحقوق الارتفاق أو الرهن ، فهي تسرى بالضرورة في مواجهة الخلف الخاص في كل الأحوال ، اعتباراً بأنها تحد عينية من ملكية السلف . الذي لا يستطيع أن يتقل إلى خلفه أكثر مما له .

(٤) وقد قضى بأن التزام المؤجر بأن يركب مصعداً في عمارته لمصلحة المستأجر ينتقل إلى من يشتري منه هذه المصاردة ( نقص مصرى ١٩٧٦/٩/٩ مجموعة للنقض ص ٢٧ رقم ١٣٢٢ ص ٢٥ وانظر أيضاً نقص ١٩٦٦/٢/١ مجموعة للنقض ص ١٧ رقم ٢٢١ وقد سبق الإشارة إليه ) .



تقررت للسلف مع مراعاة العين نفسها <sup>(١)</sup> ، لا بمراعاة شخصه هو . بل إنه لا يكفي مجرد أن تكون تلك الحقوق والالتزامات قد ترتبت للسلف أو عليه مع مراعاة العين نفسها ، وليس بمراعاة شخصه هو ، وإنما يتوجب أن تكون متصلة مباشرة بالعين بحيث يمكن . كما سبق أن قلنا ، للحقوق أن تعتبر من توابعها التي تخلفها وتسهل الانتفاع بها ، وللالتزامات أن تعتبر من محدداتها التي تضيق من نطاق الانتفاع بها وتقع عبءاً عليها . ويلاحظ أن مثل هذه الالتزامات تقترب إلى حد ما من حقوق الارتفاق .، وأن اختلفت عنها اختلافاً أساسياً في كونها شخصية : حالة كون الارتفاقات هي حقوق عينية . ولتقارب مثل هذه الالتزامات من حقوق الارتفاق ، جرى بعض الفقهاء على نعتها بالالتزامات العينية *obligations réelles* أو بالالتزامات مع مراعاة العين *intuitu rei* أو المتعلقة بالعين *propter rem* .

وإذ خلصنا إلى أن الحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف هي تلك التي تكون متصلة بالشيء الذي ينتقل من السلف إلى الخلف على نحو ما بيناه ، فإننا نلاحظ أن المادة ١٤٦ عبرت عنها ، بالنسبة إلى هذا الشيء . بقولها إنها « من مستلزماته » . وهي عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق . إذ أن معناها الحرفي هو الأمور التي يتحمّ تواجدها حتى يؤدي الشيء الغاية المقصودة منه . وليس هذا هو المقصود في الخلافة الخاصة بطبيعة الحال . وإنما المقصود منها هو الذي سبق أن قلناه من لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشيء الذي يحصل الاستخلاف فيه اتصالاً مباشراً ، بحيث يمكن اعتبار الأولى من توابعه الخادمة له واعتبار الثانية من محدداته .

فحق صاحب المنزل في تأمينه ضد خطر الحريق ، الثابت له بمقتضى عقد التأمين . يعتبر من توابعه - حتى إذا ما انتقل هذا المنزل إلى خلف خاص ، كمشتر - أمكن لذلك الحق في التأمين أن يشمل الاستخلاف <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر هذا المص : Aubry et Rau ، طبعة ٦ التي أسدراها *Bartin* ج ٢ بـ

١٧٦ ص ٩٩ - *Boudry-Lacantinerie* طبعة ٣ ص ١٢٨ - *Josserand* ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ تمهيلي التي أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ،

مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .



وإذا اتفق صاحب عماره مع شركة مصاعد على أن تتولى الإشراف على مصعده وعلى صيافته ، اعتبر حقه الناشئ من هذا العقد من توابع العمارة ، حتى إذا ما بيعت ، أمكن لذلك الحق أن ينتقل معها إلى المشتري . أما إذا كان الحق الناشئ بمقتضى العقد لا يعتبر من توابع المال ذاته ، لاسيما إذا كان متعلقاً بالشخص نفسه ، ما شمله الاستخلاف . ومثال ذلك أن يتفق شخص مع مقاول على أن يبنى له على أرضه منزلاً ، ثم يبيع هذه الأرض ، فهنا لا يشمل الاستخلاف حق البائع قبل المقاول <sup>(١)</sup> .

والالتزام الذى يتصل بالشئ ذاته ، بحيث يضيق من نطاق استعماله والانتفاع به . يعتبر من محدداته ، ويجوز بالتالى للاستخلاف أن يشمل . ومثال ذلك أن يتعهد صاحب أرض بالأى يتجاوز بالبناء عليها ارتفاعاً محدداً ، أو أن يتعهد بأن يترك : عند البناء فيها ، قدرأ معيناً من المساحة بغير بناء <sup>(٢)</sup> ، هنا يعتبر تحديد الانتفاع بالأرض : حتى لو لم يتقرر إلا بمقتضى التزام شخصى ، أى حتى لو لم يتقرر بمقتضى حق ارتفاق مسجل وفقاً للقانون ، من محدداتها : حتى إذا ما انتقلت ملكية هذه الأرض إلى شخص معين ، أمكن للاستخلاف أن يشمل التحديد فى استعمالها . أما إذا كان الالتزام لا يعتبر من محددات الشئ ذاته بالمعنى الذى بيناه : فلا يشمل الاستخلاف . ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يعد صاحب أرض أو دار بأن يؤجرها لآخر ، ثم يبيعها لثالث ، هنا لا يعتبر المشتري ملتزماً بالوعد بالإيجار ، إذ أن الاستخلاف لا يشمل الوعد بالإيجار <sup>(٣)</sup> : لعدم اعتباره من محددات العين المؤجرة ذاتها <sup>(٤)</sup> .

---

(١) ويختلف الأمر لو أن المبيع مبنى فى دور الاكتمال ، وعمل الأخضر إذا كان فى دور التشطيب ، إذ أنه يمكن هنا القول بأن حقوق المالك إزاء المقاول فى إنجاز المبنى على نحو ما يقضى به عقد المقاولة تبعد عن ذات شخصه ، لتترب من المبنى ذاته ، وتتصل به على اعتبار أنها من توابعه الخادمة له ، ومن ثم يمكن للاستخلاف أن يشملها .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ تمهيدى ، مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ، تبة ٣٢٠ .

(٤) انظر تمييز الكوكيت ١٩٧٤/٤/٢٤ ، القضاء والقانون س ٥١ ص ١١٢ رقم ٢٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه وفقاً للمادة ١٤٢ تجارى ملى ( المقابلة لقادة ١٤٦ ملى مصرى ) -



٣- والشرط الثالث والأخير خاص بانتقال الالتزامات المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص وحدها دون الحقوق ، ومؤداه أن يكون هذا الأخير عاماً بها عند انتقال الشيء إليه <sup>(١)</sup> . أما الحقوق ، فيمكن دائماً للخلف الخاص أن يطلب انتقالها إليه ، ما دامت من توابيع الشيء . فالتابع يتبع متبوعه .

تلك هي الشروط اللازم توافرها لانصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف في حق خلفه الخاص ، وفقاً لما تقضى به القاعدة العامة المقررة بمقتضى المادة ١٤٦ . وقد يتعدد المشرع بنص خاص ، وفي حالة معينة ، عن هذه الشروط على نحو أو على آخر . فيتواجد تطبيق تشريعي لقاعدتنا له حكمه المميز . وأبرز صورة لذلك سريان عقد الإيجار بما يربته من حقوق والتزامات على الموَجَر في حق من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ( المادة ٦٠٤ ) . ففي هذه الحالة ، تنصرف آثار الإيجار إلى الخلف الخاص ، حتى لو لم يكن عاماً عند انتقال ملكية العين إليه بسبق إيجارها <sup>(٢)</sup> .

#### ٢٨٨ - تأثر الدائنين بالعقود التي يبرمها المدين :

لا تنصرف آثار العقود التي يبرمها المدين إلى دائنيه ، بالمعنى الذي قصدناه عند الكلام في انصراف تلك الآثار إلى الخلف . عاماً كان أم خاصاً . فآثار العقد تنصرف من بعد السلف إلى الخلف ، بمعنى أن هذا الأخير يخلف الأول فيما يربته العقد له من حقوق ، كما أنه يتأثر بالالتزامات التي

---

= لا تسرى الالتزامات التي كان يتحمل بها السلف على خلفه الخاص الذي انتقل إليه منه شيء معين ، إلا إذا كانت محددة لذلك الشيء مثقلة له ، كأن تحد من حرية الانتفاع به أو تقيد حق مالكه في استعماله . أما ما يربته السلف من التزامات شخصية ، كالتزام المُوَجَر بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فإن هذا الالتزام لا ينتقل إلى المشتري ، إلا إذا وجد نص قانوني خاص أو تم الاتفاق عليه بين السلف وخلفه . . . .

(١) ويشترط هنا العلم اليقيني ، فلا يكفي إمكان العلم . راجع الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) انظر ، في سريان الإيجار في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ، مؤلفنا عقد الإيجار نبة ٣١٥ وما بعدها . وانظر كذلك نقض ١٩٧٦/٦/٩ ، مجموعة النقض ص ٢٧ ص ١٣٢٢ ، وقد سبقت الإشارة إليه .



حملة بها في الحدود التي رسمناها . أما الدائنون ، فهم لا يلتزمون بآثار العقد ، بهذا المعنى . فهم لا يصبحون أصحاب الحقوق التي يرتبها العقد للمدين ، كما أنهم لا يلتزمون بالوفاء بالديون التي يحملة بها . وهكذا فلا يسوغ أن يعتبر الدائن خلفاً عاماً للمدين ، كما ذهب إلى ذلك بعض الشراح من الأقدمين ، جامعين بذلك بينه وبين الورثة ومن في حكمهم من الموصى لم بحصة في التركة .

وإذا كان الدائن لا يعتبر خلفاً للمدين ، فليس معنى ذلك أنه لا يتأثر بالعقود التي يبرمها . فلهذه العقود تأثيرها عليه ، ولكن بطريق آخر غير مباشر . فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضماناً عاماً لكل من دائنيه ( المادة ٢٣٤ ) . فإن أبرم المدين عقداً رتب له حقاً ، أو حملة بدين . فإن دائنيه يتأثرون بالضرورة . إذ أن الضمان العام الذي لم يزد أو ينقص : على حسب الأحوال . ويظهر تأثير الدائنين بعقود المدين ، على وجه الخصوص ، في حالة إعساره أو إفلاسه .

وإذا كان الدائنون يتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم في الحدود التي رسمناها ، فهم يتأثرون بها ، كقاعدة عامة : بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو . فلا توجد ثمة علاقة مباشرة بين الدائنين وبين الآثار التي ترتب على عقود المدين . فإن مسهم تلك الآثار ، فما ذلك إلا لأنها تنصرف إلى ذمة المدين ، فتغير فيها زيادة أو نقصاناً ، ثم يرتد بعد ذلك أثرها عليهم ، عن طريق ذمة المدين نفسها . بسبب زيادة ضمانهم العام أو ضعفه . هذه هي العلة في أن الدائنين ، كأصل عام ، يتأثرون بعقود مدينهم بنفس الوضع الذي يتأثر هو به <sup>(١)</sup> . وهذا هو سبب الخلط بين الدائنين وبين الورثة في الفقه القديم ، حيث اعتبروا ، مثلهم ، ضمن الحلف العام .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين ، في

---

(١) ومن أهم النتائج التي تترتب على أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين في الحدود التي رسمناها ، بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو ، أنه لا يلزم للاحتجاج عليهم بتلك العقود أن تكون ثابتة التاريخ .



الحدود التي رسمتها ، بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو ، فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناءان هامين . يستهدف أولهما حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين أضراراً بهم . ويستهدف ثانيهما تأمينهم من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين ، أو يشرك في تصويره ، ليخفي حقيقة قانونية معينة . ومؤدى الاستثناء الأول ، أنه يجوز للدائن ، بشروط معينة . اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش <sup>(١)</sup> ، غير نافذ في حقه . ووسيلته إلى ذلك الدعوى البولصية ( المادة ٢٣٧ إلى ٢٤٣ ) . أما الاستثناء الثاني ، فزاد أنه يسوغ للدائن ، إن كان ذلك في مصلحته ، أن يتمسك بالتصرف الكاذب . إذا كان يجهله ، أو يتمسك بالتصرف الحقيقي ، أيهما يراه له أوفق . ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية ( المادة ٢٤٤ ) .

## المبحث الثاني

### علم انصراف آثار العقد إلى الغير

٢٨٩ - بينا ، فيما سبق ، أن آثار العقد تنصرف إلى العاقلين ، ثم من بعدهما ، إلى الخلف عامة كان أم خاصاً ، في حدود معينة رسمتها . كما بينا أن تلك الآثار ترتد إلى الدائنين ، بطريق غير مباشر ، حيث إنه يرتب عليها زيادة الضمان العام أو نقصه . وتتناول هنا آثار العقد بالنسبة إلى الغير . والقاعدة الأساسية العامة في آثار العقود . بالنسبة إلى الغير ، أنها لا تنصرف إليهم ، أي أنها لا تسرى في حقهم . فالعقد لا ترتب لهم في الأصل حقاً ولا تحميلهم بالتزام <sup>(٢)</sup> . والمقصود هنا بالغير هو كل شخص ، عدا العاقلين وخلفاءهما ودائنيهما . وهكذا فالأصل في العقود أنها لا تضر الغير . ولا تنفعهم .

(١) بل إن الغش لا يلزم هنا ، إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض . أما التصرفات بعين عوض ، أي التبرعات ، فالغش غير لازم بالنسبة إليها .

(٢) راجع نقض ١٩٧١/١/٢ ، مجموعة النقض ص ٢٢ - ١٤٦ - نقض ١١/١٢ / ١٩٦٤ ، مجموعة النقض ص ١٥ - ١٠٢٢ رقم ١٥٢ .



وإذا كانت القاعدة العامة هي أن العقود لا تضر الغير ولا تنفعهم ، فإنها تشطر إلى قاعدتين فرعيتين أساسيتين : قاعدة أن العقد لا يضر الغير ، وقاعدة أن العقد لا ينفع الغير . وتناول كلا من هاتين القاعدتين بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي : -

#### ٢٩٠ - (أ) العقد لا يضر الغير :

الأصل العام هو أن العقد لا يضر الغير ، بمعنى أنه لا يستطيع بذاته وبمجردة أن يحملهم بالتزام ما . وهكذا فلو أن شخصاً باع : مثلاً ، شيئاً لا يملكه ، وإنما يملكه غيره . فإن هذا الغير : وهو المالك الحقيقي ، لا يتحمل بأى التزام بمقتضى هذا البيع ذاته . فالمالك الحقيقي أجنبي عن البيع . أى أنه يعتبر من الغير بالنسبة إليه . فلا يتأثر بما ارتضاه عقده . ولكن يلاحظ هنا أنه إذا جاء المالك الحقيقي وأقر البيع . أى وافق عليه وارتضاه ، فإن البيع ينتج أثره في مواجهته . لأنه يصبح طرفاً فيه ، ويعتبر أنه هو الذى أبرمه ابتداءً . لأن للإقرار أثراً رجعياً يمتد إلى تاريخ إبرام العقد . وكأن المقر قد وكل الشخص الذى أبرم العقد في إبرامه نيابة عنه . ومن هنا أى القول بأن الإقرار اللاحق كالوكالة السابقة .

وإذا كانت القاعدة هي أن العقد لا يضر الغير ، إلا أنها ليست مطلقة . ففرد عليها بعض الاستثناءات . وإن كانت جد قليلة . ومن أبرز تلك الاستثناءات الصلح مع التاجر المفلس ( حيث يسرى هذا الصلح على جميع الدائنين ، حتى من لم يوافق منهم عليه أو لم يشارك في عمله ) ، ونظام عقد العمل الجماعى ( حيث تسرى أحكام هذا العقد على أفراد طائفة معينة من العمال ، حتى من لم يوافق عليه منهم ) . ومن استثناءات قاعدة أن العقود لا تضر الغير ، في النهاية ، الحالات التى يتأثر فيها الشخص بعقد أبرمه غيره ، إعمالاً لنظرية المظهر المتخادع . يحى الخيلوع أو الغلط الشائع يولد الحق . ومثال ذلك الوارث الظاهر ، حيث تسرى التصرفات التى يجربها في أموال التركة في مواجهة الوارث الحقيقي ، طالما كان المتصرف إليه حسن النية ، بأن كان يعتقد أنه يتعامل مع الوارث الحقيقي .



## ٢٩١ - التعهد عن الغير :

هناك نوع من التعاقد شائع إلى حد ما في العمل ، قد يوحى مظهره بأنه يتضمن استثناء من قاعدة أن العقود لا تنصر الغير ، مع أنه ، في حقيقة ، مجرد تطبيق لها . وهذا هو نظام « التعهد عن الغير » *Promesse de porte-fort* . ومؤداه أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يتحمل بالتزام معين لصالحه ، كما إذا كان ثمة أخوان يملكان في الشيوع أرضاً أو داراً ، فجاء أحدهما وباعها كلها ، أصيلا عن نفسه بالنسبة إلى حصته ، ومتعهداً عن أخيه بأن يجعله يقبل البيع بدوره ، بالنسبة إلى حصة هذا الأخ ؛ إما حالاً ، أو بعد فوات وقت معين ، كما لو كان هذا الأخ قاصراً ، والترم أخوه بأن يجعله يقبل البيع . بعد بلوغه سن الرشد . في هذا المثال ، يعتبر من أبرم البيع بائعاً بالنسبة إلى نصيبه ، ومتعهداً عن الغير ، وهو هنا أخوه ، بالنسبة إلى نصيب هذا الأخير .

وواضح أنه . في نظام التعهد عن الغير . يوجد ثلاثة أشخاص :

١ - المتعهد : وهو أحد طرفي عقد التعهد عن الغير . وهو يتعهد . في مواجهة التعاقد الآخر ، بأن يجعل أحداً من الغير يقبل التحمل بالتزام معين لصالحه .

٢ - المتعهد له : وهو الطرف الآخر في عقد التعهد عن الغير ، وهو الذي يحصل التعهد لمنفعته .

٣ - المتعهد عنه : وهو ذاك الذي يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل التحمل بالتزام لصالح المتعهد له . وهو : بخلاف الأولين . ليس طرفاً في عقد التعهد عن الغير ، بل هو هذا الغير نفسه .

ويلاحظ أنه من أهم ما يميز نظام التعهد عن الغير أن المتعهد يتعاقد باسمه هو ، لا باسم المتعهد عنه . فهو أصيل عن نفسه ، لا نائباً عن المتعهد عنه . وفي هذا يختلف نظام التعهد عن الغير اختلافاً أساسياً عن نظام النيابة . حيث إن النائب لا يتعاقد باسمه ، وإنما باسم الأصيل ولحسابه ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه .



### ٢٩٢ — أثر التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له . وهو ، في ذاته ، عقد لأغبار عليه . فإن توافرت فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة ، انعقد صحيحاً ، وتعين أن ينتج أثره .

والتعهد عن الغير ، بالنسبة إلى أثره ، عقد ملزم لجانب واحد ، هو المتعهد ، إذ هو يحمله بالتزام بعمل ، هو أن يجعل أحداً من الغير ( المتعهد عنه ) يقبل الأمر المتعهد به . هذا هو كل ما ينتج عن عقد التعهد عن الغير من أثر . ولا يوجد فيه أدنى خروج عن قاعدة نسبية آثار العقد . إذ هو لا يولد الالتزام إلا على أحد عاقديه ، ولمصلحة العاقد الآخر . أما الغير المتعهد عنه ، فهو لا يتأثر إطلاقاً بنتيجة هذا العقد . فهو لا يضار به أبداً . وتبقى له الحرية كاملة في أن يرضى الأمر المتعهد به أو لا يرضيه . وإن كان سلوكه هذا الاتجاه أو ذاك يؤثر بالضرورة في مسئولية المتعهد ، حيث يعتبر أنه أدى أو لم يؤد التزامه . وذلك على النحو التالي :

### ٢٩٣ — الفرض الأول : المتعهد عنه يرضى الأمر المتعهد به :

إذا ارتضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به ، كما إذا قبل ، في المثال الذي سبق لنا ذكره ، الأخ الذي لم يشترك في البيع ابتداء ، أن يبيع بدوره حصته وفقاً لما تعهد به أخوه ، برئت ذمة المتعهد . لأنه يعتبر أنه قد وفى بالتزامه . فهو قد التزم بأن يحمل المتعهد عنه على قبول الأمر المتعهد به ، وها هو ذا قد فعل . وتبرأ هنا ذمة المتعهد نهائياً ، حتى إذا لم يف المتعهد عنه فيما بعد بالأمر الذي تعهد به <sup>(١)</sup> .

وإن برئت ذمة المتعهد ، نتيجة قبول الغير المتعهد عنه ارتضاء الأمر

---

(١) فمجرد أن يرضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به ، تبرأ ذمة المتعهد نهائياً . فهذا الأخير لا يلتزم إلا بأن يحمل المتعهد عنه يرضى الأمر المتعهد به . فإذا تحقق ذلك ، اعتبر المتعهد أنه وفى بما التزم به ، وبرئت ذمته بالتالي نهائياً . ولا يغير من الوضع في شيء ، أن يتناقص المتعهد عنه ، فيما ينفذ ، عن أداء ما ارتضى التحمل به . فالمصهد ، بمجرد وصفه هذا ، ليس تكفيل ، يضمن أداء التزام المتعهد عنه ، إذا ما ارتضى التحمل به ، ما لم يظهر بوضوح أنه قصد ذلك .



المتعهد به ، وجد هذا الأخير نفسه ، وقد انشغلت مسؤوليته هو . فهو يتحمل بالالتزام الذى ارتضاه . وهو يتحمل به من تاريخ ارتضائه إياه ، وليس من تاريخ حصول التعهد به من المتعهد . وذلك بطبيعة الحال ، مالم يظهر بوضوح أنه قصد التحمل بالالتزام ابتداء من هذا التاريخ الأخير .

ويلاحظ هنا أن المتعهد عنه ، إذا التزم بالأمر المتعهد به بعد قبوله إياه . فإن ذلك لا يرجع أبداً إلى عقد التعهد عن الغير . فهذا العقد ، كما قلنا من قبل ، لا يلزم إلا المتعهد نفسه . وإنما يرجع أساس مسؤولية المتعهد عنه إلى عقد جديد يبرمه مع المتعهد له ، ويرتضى بمقتضاه أن يتحمل بالالتزام المتعهد به . علماً بأن للمتعهد عنه . كامل الحرية فى أن يرتضى التحمل بالأمر المتعهد به أو لا يرتضيه . كما سبق لنا أن بينا .

#### ٢٩٤ - الفرض الثانى : المتعهد عنه لا يقبل الأمر المتعهد به :

إذا رفض المتعهد عنه أن يلتزم بالأمر المتعهد به ، ما كان عليه ، هو شخصياً ، فى ذلك جناح . فوعد المتعهد أن يجعل المتعهد عنه يلتزم بالأمر لا يلزم هذا الأخير ، كما قلنا مراراً . ولكن المتعهد نفسه ، فى هذه الحالة . يتحمل بالمسئولية . إذ هو يعتبر أنه قد أخل بالتزام فرضه عليه عقد التعهد عن الغير . فهو قد وعد ، ثم أخل بوعده .

وتتركز مسؤولية المتعهد ، فى حالتنا ، فى تحمله بتعويض المتعهد له عن الأضرار التى نالته . بسبب عدم تنفيذ عهده . ويجوز له ، إذا كان ذلك فى مقدوره وغير ضار بالمتعهد له ، أن يدرأ عن نفسه هذا التعويض ، بقيامه بنفسه بتنفيذ الأمر الذى وعد به .

#### ٢٩٥ - وقد ركزت المادة ١٥٣ ما سبق من أحكام التعهد عن الغير .

قائمة : ١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر : فلا يلزم الغير بتعهد . فلماذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد بأن يعرض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . ٢ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله



لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً بأن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

#### ٢٩٦ - (ب) العقد لا ينفع الغير :

كما أن الأصل في العقد أنه لا يضر الغير ، فالأصل فيه أيضاً أنه لا ينفعهم . ومؤدى هذه القاعدة الأخيرة أن الغير ، أى أولئك الذين لم يشتركوا في العقد ، ولم يكونوا خلفاء لمعاقديه فيه ، لا يستخلصون منه : بطريق مباشر - أى نفع لهم .

وقد كانت هذه القاعدة مطلقة في أول عهد القانون الرومانى . ولكن ظروف الحياة التى نعيشها الآن أدت بنا إلى أن نقبل عليها استثناءات بالغة الأهمية . ولا زالت هذه الاستثناءات تزايد على مر الأيام .

وقد أدت كثرة هذه الاستثناءات وتزايدها بالمشرع إلى أن يشير إليها : عند تقرير القاعدة العامة في عدم سريان آثار العقد على الغير : فجاء في المادة ١٥٢ ، يقول : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » (١) .

وتركز الاستثناءات التى ترد على قاعدة « العقد لا ينفع الغير » في نظام الاشتراط لمصلحة الغير . ونتناول هذا النظام بالتفصيل . وذلك فيما يلى :

#### ٢٩٧ - الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير عقد . بمقتضاه يشترط أحد طرفيه ( ويسمى المشترط ) على طرفه الآخر ( ويسمى المتعهد ) أن يؤدي ، إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد ( ويسمى لمنفع أو المستفيد ) ، حقاً معيناً . وهكذا يوجد ، في نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، ثلاثة أشخاص : المشترط stipulant ،

---

(١) وإيراد النص ، على هذه الصورة قد يوهم بأن مبدأ « العقود لا تنفع للغير » قد تحطم نهائياً . والحقيقة أنه لم يتحطم . كل ما هناك أنه تصدع ، وأن كان تصدعه كبيراً . فلا زال استخلاص النفع منفعة من العقد قائماً على سبيل الإستثناء . وأن كان هذا الإستثناء قد كبر وعظمت أهميته .



والمتعهد promettant ، والمتفع أو المستفيد bénéficiaire . والأولان وحدهما هما طرفا العقد . أما الثالث ، فهو من الغير . وهو ، مع ذلك يستخلص من العقد وبطريق مباشر ، حقاً له ، استثناءً من قاعدة أن العقود لاتنفع الغير .

وللاشترط لمصلحة الغير ، في العمل ، صور عديدة لاتنتهي ولاتنقح تحت حصر . على أن أهم مجال لتطبيق هذا النظام هو عقد التأمين . ومثال ذلك أن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده . ومؤدى هذا النوع من التأمين . أن تتعهد شركة التأمين ، في مقابل مبلغ معين يلتزم به الأب ( على أقساط عادة ) ، بدفع مبلغ محدد من النقود للأولاد . عند موت أبيهم . وفي هذا المثال ، نجد الأب هو « المشتري » . وشركة التأمين هي « المتعهد » والأولاد هم « المتفع » . ومثال نظام « الاشتراط لمصلحة الغير » في نطاق التأمين أيضاً ، أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التي قد تنتج عن سيارته للغير . وأن يؤمن رب العمل . لمصلحة عماله ، عما عساه أن يحدث لهم من أضرار أثناء أدايهم وظائفهم وبسببها .

وإذا كان التأمين هو المجال الحيوي الغالب لنظام الاشتراط لمصلحة الغير فهو ليس بمجال الوحيد . فلنظامنا هذا ، تطبيقات أخرى عديدة ، في توافر متفرقة وغير محدودة . ومثال ذلك أن يهب شخص ماله ، مشروطاً على الموهوب له أن يدفع لشخص ثالث ، مبلغاً معيناً من النقود ، أو أن يبيع شخصي لآخر ماله ، ويشترط عليه أن يدفع الثمن ، كله أو بعضه ، لأحد دائنيه ، وفاء للدين الذي له عليه . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع التاجر متجره ويشترط على مشتريه ، لمصلحة عمال المتجر ، أن يستقيم في خدمته أو أن لا ينتقص من أجورهم . ومثال الاشتراط لمصلحة الغير كذلك أن تنفق وزارة السياحة مع إحدى الشركات على أن تقوم ، بوساطة وكلائها في الخارج ، بنقل أمتعة أحد موظفيها من مقر عمله إلى مصر <sup>(١)</sup> . ومثال « الاشتراط

---

(١) انظر : نفق ١٩٧٦/٤/١٩ طن ٤١/٢٥٢ ق مجموعة النفق ص ٢٧ ص ٩٨١ رقم ١٨٧ . وقد اعتبر هذا الحكم الاتفاق الذي أبرته وزارة السياحة مع إحدى شركات لقطاع =



لمصلحة الغير ، ، في النهاية ، مانراه عادة في عقود الالتزام المتعلقة بأداء المرافق العامة ، كما إذا منحت النولة أو المدينة امتياز تقديم المياه أو الكهرباء ، أو الغاز أو النقل العام لشركة من الشركات ، واشترطت عليها أموراً معينة ، رعاية لمصلحة الجماهير ، كما إذا اشترطت عليها ألا تتجاوز قدر معيناً ، فيما تأخذه مقابلًا للخدمة التي تقدمها .

#### ٢٩٨ - خصائص الاشتراط لمصلحة الغير :

لنظام الاشتراط لمصلحة الغير خصائص تميزه عن غيره . وتوافر هذه الخصائص أمر ضروري للنات وجوده ، بحيث إنه يعتبر غير قائم ، إذا تخلفت إحداها . وتركز هذه الخصائص فيما يلي :

١ - الاشتراط لمصلحة الغير عقد قائم بين المشرط والمتعهد . فالمشرط يتعاقد باسمه الشخصي ( المادة ١٥٤ / ١ ) ، أصيلاً عن نفسه ، وليس نائباً عن المنتفع . فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده ، مثلاً ، يتعاقد باسمه الشخصي ، لا باعتباره نائباً عن أولاده . وهو الذي يعتبر طرفاً في عقد التأمين مع الشركة ، دون الأولاد .

ويترتب على أن المشرط يتعاقد باسمه الشخصي أصيلاً عن نفسه أنه يتحمل ، في ذات ذمته ، بمقابل المنفعة المشرطة للمستفيد ، إن كان ثمة مقابل لها ، كما هو الغالب في العمل <sup>(١)</sup> . فالأب ، في مثال التأمين على الحياة لمصلحة أولاده الذي ذكرناه حالا ، هو الذي يلتزم شخصياً بدفع أقساط التأمين ، دون الأولاد .

---

= العام حل أن تقوم ، بواسطة وكلائها في الخارج ، بنقل أمتعة مدير مكتب السياحة بمديد من برشلونه إلى إسحق موانينا ، اعتبر الحكم هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحة الغير ( مدير المكتب ) ، ورتب على ذلك مسئولية الشركة التقديرية عن تأخر شحن الأمتعة .

(١) ولكن وجود مقابل المنفعة المشرطة يصح به المشرط ، وإن كان أمراً غالباً في النسل ، إلا أنه ليس ضرورياً . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يصل المشرط إلى التزام المتعهد بتقديم منفعة للمستفيد ، دون مقابل يلتزم هو به . ومثال ذلك أن تلجأ النولة أو المدينة ، بمد منحها امتيازاً لشركة معينة بتسيير مرفق عام ، إلى حمل الشركة على تقديم منافع جديدة للجمهور المستفيدين ، من غير أن تحصل هي بسبب جديد .



ويتربى كذلك على كون المشرط يتعاقد باسمه الشخصي ، أصيلاً عن نفسه ، لا نائباً عن المنتفع ، أنه يجوز له ، رغم إرادة هذا الأخير ، أن ينقض المشرطة ، أو أن يحول منفعها إلى شخص آخر غير المستفيد الأصلي ، أو يستأثر بها الخاصة نفسه ، وإن لزم أن يفعل ذلك ، قبل أن يعلن المستفيد للمتعهد أو للمشرط رغبته في الاستفادة من الاشتراط ( المادة ١٥٥ / ١ ) .

٢ - المنتفع أو المستفيد . - وإن كان يتلقى من الاشتراط منفعة ، إلا أنه ليس طرفاً في العقد ، بل هو من الغير بالنسبة إليه . حتى بعد أن يرتضي المنفعة المشرطة لمصلحه . فطرفاً عقد الاشتراط لمصلحة الغير . كما قلنا مراراً . هما المشرط والمتعهد وحدهما . دون غيرهما . وهكذا فرفضه المنتفع ليس ضرورياً لذات قيام الاشتراط ، وإن كان من شأن رفضه المنفعة المشرطة له أن يمنعها بالضرورة عنه ، اعتباراً بأنه لا يمكن أن يحجر شخص . رغم أنه . على أخذ منفعة لا يرغب هو فيها .

ويتربى على اعتبار المنتفع من الغير ، في عقد الاشتراط لمصلحته ، أننا لانكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، في كل حالة يلزم فيها ، لتريان العقد في حق غير من عقده ابتداء ، أن يصبح هذا الغير طرفاً في العقد نتيجة إقراره إياه . وهكذا فنبيع ملك الغير ، مثلاً ، لا يعتبر اشتراط لمصلحة المالك الحقيقي ، حيث إنه لا يسرى في حقه إلا بإقراره إياه ، والإقرار بخطه طرفاً فيه ، مكان البائع الأصلي .

٣ - ويتميز نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، في النهاية ، بأن المنتفع ، رغم أنه ليس طرفاً في العقد . إلا أنه يستخلص منه حقاً مباشراً ( المادة ٢ / ١٥٤ ) . فالمنفعة المشرطة تثبت للمنتفع مباشرة من ذات عقد الاشتراط . فهي لا تثبت ابتداء للمشرط ، ثم يتولى هذا نقلها إلى المنتفع . ولكنها تثبت لهذا الأخير ابتداء ومباشرة من العقد . ويستطيع المنتفع ، في سبيل حصوله على تلك المنفعة من المتعهد أن يطالبه مباشرة ، وباسمه الشخصي ، أي أن يطالبه بدعوى مباشرة . وهذه هي أهم ميزة لنظام الاشتراط لمصلحة الغير .



بل هي لب هذا النظام وجوهره ومعل القوة فيه . وهي التي تمثل الاستثناء  
الحام الخطير الذي يرد على قاعدة أن العقود لا تنفع الغير .

ويترب على أن الاشتراط لمصلحة الغير يرب لهذا الغير ( وهو المتنفع )  
حقاً مباشراً أننا لا نكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، في كل حالة يفيد منها  
الأجنبي عن العقد بطريق غير مباشر ، أى عن طريق ثبوت الحق لأحد العاقدين  
ابتداء . ومثال ذلك أن يؤمن الراهن عن حريق المنزل المرهون . فهنا يستفيد  
المرتهن من مبلغ التأمين ، عند استحقاقه . إذ هو يستوفى منه دينه . ولكنه  
لا يستفيد منه بطريق مباشر ، وإنما عن طريق ثبوته ابتداء للراهن . ومثال ذلك  
أيضاً أن تعاقد جمعية تعاونية إسكانية مع مقاول على أن يقوم بتشيد مجموعة  
من القلل أو الشقق على قطعة أرض تملكها على أن تقوم فيما بعد بتوزيع  
الوحدات السكنية على أعضائها . فمثل هذا الاتفاق لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة  
الغير ، طالما أن الالتزامات المتولدة عنه على المقاول لم تشترط ، إن صراحة  
أو ضمناً ، لمصلحة الأعضاء على نحو مباشر ، وإنما اشترطت ابتداء لمصلحة  
الجمعية (١) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/٤/٢٩ طعن ٥٣٣/٢٤ مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٩٣  
رقم ١١١ . وتتحصل وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن الجمعية التعاونية لبناء المساكن  
لرجال القضاء والنيابة تعاقدت مع مقاول على أن يشيد مجموعة من القلل بمواصفات محددة على  
أرض تملكها ، وذلك لحساب نفسها ، وعلى أن تشمل الجمعية ما يشيد المقاول طبقاً للمواصفات  
« فيلا فيلا » ، وأنها صاحبة الحق في الاعتراض على ما تلاحظه من مخالفات على المباني ، ودون  
أن يتضمن العقد ما يفيد إن صراحة وإن ضمناً أن الجمعية تشترط على المقاول الالتزامات لمصلحة  
أعضائها . رفع أحد الأعضاء على للمقاول دعوى يطالب فيها بإزالة بعض المخالفات المتعلقة بالفلا  
التي اختص بها ، وإعادة البناء وفقاً للمواصفات المبينة في عقد المقاولة . دفع المقاول بعدم قبول  
الدعوى لرفضها من غير ذي صفة ، تأسيساً على انتهاء الرابطة العقدية بينه وبين المدعى . قضت  
محكمة الموضوع ابتدائياً واستثنائياً برفض البغ وبقبول الدعوى وفي الموضوع بطلبات المدعى .  
وأست قضاهما على أن تعاقد الجمعية مع المقاول يمثل اشتراطاً لمصلحة الغير ( أعضاء الجمعية ) .  
ونقضت المحكمة العليا هذه القضاء ، رافضة أن ترى في الاتفاق السابق اشتراطاً لمصلحة الغير .  
وأست قضاهما على قولها إنه لا يبين من نصوص العقد ، لا صراحة ولا ضمناً ، أن جمعية  
المساكن اشترطت الالتزامات المبينة فيه لصالح عضوها شخصياً أو يوصفه شخصاً مستقبلاً أو  
مستطاعاً يمينه وقت إنتاج العقد أثره . . ويلاحظ هنا أنه إذا قلر ، على نحو ما ذهبت إليه محكمة -



## ٢٩٩ - الأمور اللازمة في الاشتراط لمصلحة الغير :

لقيام الاشتراط لمصلحة الغير وإنتاج أثره ، لا يلزم . بعد توافر الخصائص المميزة له والتي سبق لنا بيانها ، وبعد توافر ما تقضى به القواعد القانونية بشأن صحة العقود بوجه عام ، إلا شرط واحد ، يكاد تخلفه أن يكون مستبعداً في العمل ، ونعني به أن تكون للمشترط مصلحة في تقديم المنفعة المشتركة للمتفع ، وبعبارة أخرى ، أن تكون للمشترط مصلحة في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها ، لصالح المتفع ، على المتعهد . وسيان بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية ( المادة ١٥٤ / ١ ) . ومثال المصلحة المادية للمشترط أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التي تلحق الغير من سيارته ، وأن يؤمن رب العمل ، لمصلحة عماله ، عن الأضرار التي تحدث لهم أثناء أدائهم أعمالهم . ففي هذين المثالين ، مصلحة مادية للمؤمن ، إذ أن شركة التأمين هي التي ستؤتي دفع مبالغ التعويض للمضرورين ، فيرتفع عنه عبء أدائها بنفسه . ومثال المصلحة المادية للمشترط كذلك أن يبيع شخص ماله ويشترط على المشتري دفع الثمن لأحد دائنيه ( دائني البائع ) . وفاء لدينه عليه . أما المصلحة الأدبية ، فثالها الفذ الغالب تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده .

وإذا قلنا إنه يلزم ، لصحة الاشتراط لمصلحة الغير ، أن تكون للمشترط مصلحة في أداء المنفعة للمتفع ، وإنه يكفي بالمصلحة الأدبية ، فإن مؤدى ذلك أنه يستبعد ألا يتوافر هذا النوع من المصلحة ، لأنه لا يتصور أن يقدم شخص على اشتراط أداء لمنفعة الغير ، ما لم تكن له في ذلك مصلحة ، ولو أدبية .

---

= النقص ، منح عضو الجمعية دعوى مباشرة ضد المقاتل تأسيساً على الاشتراط لمصلحة الغير ، فإنه . كان يمكن تأسيس قيام تلك الدعوى المباشرة على أن الجمعية ، بتخصيصها القلا على أنواع لعضوها ، وتقل ملكيتها بالتالي إليه ، قد نقلت إليه في نفس الوقت حقها قبل المقاتل في إنجاز البناء وفقاً للمواصفات المحددة ، باعتباره خلفاً عاجباً لها ، يخلقها في القيل والوقت يعتبر من مبتلزماتها إعمالاً للمادة ١٤٦ ( راجع في ذلك ما سبق نبذة ٢٨٧ ) . وانظر في نفس الاتجاه : نقص ١٩٥٥/٥/٥ ، مجموعة النقص ص ٦ ١٠٧٩ رقم ١٤٠ .



### ٣٠٠- آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

لمعرفة آثار الاشتراط لمصلحة الغير ، يلزمنا أن نحدد تلك الآثار ، في الحالات الثلاثة الآتية : (أ) في العلاقة بين المشرط والمتعهد . (ب) في العلاقة بين المشرط والمتنفع . (ج) في العلاقة بين المتعهد والمتنفع . وهذا ما سنتناوله على التوالي :

#### ٣٠١- (أ) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشرط والمتعهد :

المشرط والمتعهد . كما قلنا مراراً ، هما طرفا عقد الاشتراط لمصلحة الغير . ولصعوبة في تحديد أثر هذا النظام في العلاقة القائمة بينهما . فهما طرفا عقد الاشتراط . ويجب إعمال ما يقضى به في حقهما ، وفقاً لما جاء فيه .

ويلاحظ أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير : في العلاقة بين طرفيه . أى في العلاقة بين المشرط والمتعهد ، قد يكون معاوضة ، وقد يكون تبرعاً . ومثال الحالة الأولى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، كالأولاد . ومثال الحالة الثانية ، أن يهب شخص لآخر ماله ، بشرط أن يدفع لشخص ثالث راتباً مدى الحياة .

وأياً ما كانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقة بين طرفيه . فإنه يتحتم على كل منهما أن يبنى بالتزامات التي يربتها هذا العقد عليه . فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده : مثلاً . يلتزم بأن يؤدي أقساط التأمين في مواعيدها . ولشركة التأمين أن تلزمه بذلك . ولكن ليس لها أن تلزم بها المتنفع ( الأولاد في مثالنا ) ، وإن كان لها . بطبيعة الحال : أن تدفع . في مواجهة المتنفع إذا ما طالبها بأداء المنفعة المشترطة له ( مبلغ التأمين في مثالنا ) . بأنها لم تستوف أقساط التأمين . على نحو ما استدكره بعد قليل .

وكما أن للمتعهد أن يطالب المشرط بأداء التزاماته المتولدة من عقد الاشتراط ، فإن لهذا الأخير بدوره أن يطالب الأول بالفوفاء بالتزاماته . ومن بين هذه الالتزامات أداء المنفعة المشترطة للمتنفع <sup>(١)</sup> .

(١) ولا يمتنع على ذلك بمقولة أنه ليس للمشرط مصلحة في أن يني المتعهد بالحق المشرط المستفيد ، ولا يدعى بلا مصلحة . إذ للمشرط مصلحة في ذلك ، وإلا لما عقد الاشتراط أصلاً . صحيح أنه يطلب هنا أن تكون مصلحة المشرط في أداء المنفعة المستفيد هي مصلحة محض أدبية . ولكن هذا النوع من المصلحة يكفي هنا ، ويقنع به القانون .



وهكذا فإن كان المستفيد أو المتفع ، بحسب الأحوال ، أن يطالب المتعهد مباشرة وباسمه الخاص بأداء المنفعة المشترطة له ، كما سيجيء بعد قليل ، فإن ذلك يجوز أيضاً للمشتروط ، وبذغوى مباشرة يرفعها باسمه هو وليس باسم المتفع ، وذلك ما لم يظهر من العقد أن حق المطالبة بأداء المنفعة المشترطة مقصور على المتفع وحده . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٣ بأنه :  
« ٣ - ويجوز كذلك للمشتروط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

### ٣٠٢ - (ب) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشتروط والمتفع :

عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يجمع بين المشتروط والمتفع . فأولهما وهو المشتروط ، طرف في العقد ، دون الثانى . ولكن هناك بالضرورة رابطة ما بينهما . وهذه الرابطة هى التى جعلت المشتروط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء المنفعة للمتفع . وقد تقوم هذه الرابطة على أساس التفاوض . بمعنى أن يستهدف المشتروط من جعل المتعهد يتحمل بالالتزام لمصلحة المتفع فائدة مادية له . ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ، ويتفق مع المشتري على أن يدفع الثمن لدائته ( دائن البائع ) ، وفاء لما لهذا الأخير عليه . وقد تقوم الرابطة بين المشتروط والمتفع على رغبة الأول في أن يسدى الجميل الثانى ، أى أن يتبرع له <sup>(١)</sup> . ومثال ذلك من يؤمن على حياته لمصلحة زوجه أو أولاده .

---

(١) وإذا قام الاشتراط لمصلحة الغير على رغبة المشتروط في إسداء الجميل للمتفع ، أى على رغبته في أن يتبرع له ، فقد رأى أستاذنا السهوى على أن ذلك يصبره من المشتراط للمتفع بقيمة ما يؤديه للمتعه ، ولكن في حدود المنفعة التى تؤدى للمتفع ، ورتب على ذلك جواز رجوع المشتراط في الاشتراط ، حتى لو حصل إقراره من المتفع ( الصحيح إعلان المتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط ) ، وذلك إذا وجد سبب من أسباب الرجوع في الهبة . ولكن التقية الكبير لم يسر في منطقة إل نهايته ، مقررأ عدم لزوم الرسمية في الاشتراط الذى يقوم على التبرع ، بحجة أن الهبة هنا غير مباشرة ( راجع السهوى المرجع السابق نية ٣٧٩ ) . وقد تبج الأستاذ السهوى قههاه كمبرون غيره ( انظر : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نية ٣٢١ - عهد المنم الصده ، المرجع السابق نية ٣٥٦ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق نية ١٥٣ ) . -



## ٢٩٧- (ج) آثار الاشتراط في العلاقة بين المصنف والمتنفع :

المستفيد أو المتنفع يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط . فهو ليس طرفاً فيه . ويبقى كذلك حتى إذا جاء وقبل الحق المشترط . لأن قبوله هذا لا يجعل منه طرفاً في عقد الاشتراط . فهو ينصب فقط على ثبوت الحق له . إعمالاً لفكرة أنه لا يمكن أن نقرر حقاً لشخص برغم إرادته .

وإذا لاحظنا أن المستفيد أو المتنفع يعتبر من الغير . بالنسبة إلى عقد الاشتراط . ووقفنا عند النظرة التقليدية الفتية للعقد ، ما سألنا أن نسمح له بأن يطالب ، باسمه شخصياً ، المتعهد . بشيء ما . لأن العقود لاتنفع ولا تنصر غير العاقدين وخلفائهم . ولكن ضغط الحاجات العملية أدى بالقوانين المعاصرة ، ومنها قانوننا ، إلى أن تجيز للمتنفع أن يطالب ، باسمه الشخصي . المتعهد بأن يبقى له بالحق المشترط له . وهكذا تلقى قاعدة نسبية آثار العقد استثناءها الجوهرى الهام .

فؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد أو المتنفع .

« هذا الرأي يبدو لنا غير سليم ، ويقوم على خلط بين الهبة وبين التصرف التبرعى بوجه عام . فإذا كانت الهبة تشمل العقد التبرعى الفذ ، إلا أنها لا تستوعب كل أعمال التبرع . فهى ، بالنسبة إلى أعمال التبرع بمضى من كل ونوع من جنس . والهبة ، كما تعرفها المادة ١/٤٨٦ ، هى عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له ، دون عوض . وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، لا يتصرف المشترط فى مال له المتنفع . فكل ما يقوم به هو أنه يتعاقد مع المتعهد ، ويشترط عليه أن يؤدى المنفعة للمتفع . صحيح أنه يتحمل مقابل تلك المنفعة ، ولكن هو يتحمل بها المتعهد وليس المستفيد . ثم إن المنفعة التى تحصل للمتفع تؤدى له من المتعهد وليس من المشترط . فكيفه يقال بعد ذلك كله إن المشترط يجب المنفعة للمستفيد ؟ ثم إذا كان الاشتراط هنا هبة كما يقولون لتوجب أن يأخذ فى الشكل الرسمى : وإلا وقع باطلاً . ولا يفتقح فى ذلك ما لجأ إليه الرأى المعارض من القول : فى سبيل التخلص من الرسمية ، بأن الهبة هنا غير مباشرة . فذلك لا يمثل سبباً للفكاك من رسمية الهبة ، التى يقضى القانون بلزومها ، ما لم تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أو ترد على خنول ويتم إقباضه . والصواب هو أن الاشتراط فى حالتنا يعتبر مجرد عمال من أعمال التبرع ، ولكنه لا يعتبر هبة . ويترتب على اعتباره كذلك لزوم توافر أهلية التبرع فى المشترط . ولا تلزم الرسمية فيه . ولا يجوز إعمال أحكام الرجوع فى الهبة فى شأنه ، وإنما يجوز نقض الاشتراط وفقاً لما تقتضيه المادة ١٥٥ ، ودون تفرقة فى ذلك بين الاشتراط التبرعى والإشتراط التمازى .



في مواجهة المتعهد . بحق شخصي له ، خاص به . وهو يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط <sup>(١)</sup> . وهذا ، كما سبق لنا أن قلنا ، هو لب نظام الاشتراط لمصلحة الغير وجوهره وممكن القوة فيه . وقد حرصت المادة ١٥٤ / ٢ على أن تؤكد ، فجاءت تقول : « ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يفتق على خلاف ذلك ... » <sup>(٢)</sup> .

فالحق المشروط يثبت للمنتفع مباشرة . وبعبارة أخرى ، هو يستخلص من عقد الاشتراط حقاً مباشراً خاصاً به . فالحق المشروط لا يثبت أولاً للمشروط ، ثم ينتقل منه للمنتفع ، وإنما يثبت لهذا الأخير ابتداءً ومباشرة . وهكذا فالمنتفع لا يعتبر خلفاً للمشروط ، وإنما هو أصيل ، بمعنى أن الحق يثبت له شخصياً ومباشرة من عقد الاشتراط ، دون أن يكون قد مر من قبل بذمة أحد قبله ، وذلك برغم أنه لا يعتبر طرفاً في عقد الاشتراط ، كما قلنا مراراً .

ويترتب على أن الحق المشروط يثبت للمنتفع شخصياً وبطريقة مباشرة نتيجة أساسية بالغة الأهمية ، وهي أنه يجوز له ، كأصل عام ، أن يطالب المتعهد بحقه هذا ، باسمه الشخصي . أي أنه يجوز له أن يطالبه به بدعوى مباشرة .

خلاصة ما سبق أنه يثبت للمنتفع ، في مواجهة المتعهد ، حق شخصي ومباشر ، تحميه دعوى مباشرة ، يرفعها باسمه الشخصي ، وليس باسم

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٤/١٩ مجموعة النقض ص ٢٧ من ٩٨١ رقم ١٨٧ - نقض ١٩٦٩-٤-٢٩ ، مجموعة النقض ص ٢٠ من ٦٩٣ رقم ١١١ . وقد سبقت الإشارة لفتين الحكيم .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في تطبيقها على النصوص الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٦ ) . وقد جاء فيها : « يعلو الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيق على قاعدة اقتصاص منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم قبل المشروط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد . وهذه الغاية يكون التعاقد بمثابة مصلراً لهذا الحق ... » .



المشروط : فلو أن الأب ، مثلاً اشترط على شركة التأمين أن تدفع ، عند موته ، لابنه مبلغاً من النقود ( وهذا هو مؤدى نظام التأمين على الحياة ) . ثم مات ، فإنه يثبت للابن ( المنتفع ) ، في مواجهة شركة التأمين ( المتعهد ) . حتى شخصي ومباشر بمبلغ التأمين المتفق عليه . فلا يعتبر هذا المبلغ أنه قد ثبت أولاً للأب ( المشروط ) ، ثم انتقل من بعده إلى الابن . ولكنه يعتبر أنه نشأ ، منذ الأصل ، لصالح هذا الابن ، وفي مواجهة شركة التأمين .

وينتج عن الفكرة الأساسية التي تقضى بأن المنتفع يتلقى ، من عقد الاشتراط ، حقاً شخصياً ومباشراً ، آثار هامة ، يمكن لنا ردها إلى ما يلي :

١- لا يخضع المنتفع ، بالنسبة إلى الحق الذي يتلقاه من عقد الاشتراط ، لمزاومة دائي المشروط ، بل لمواجهة دائي المتعهد . فهو ليس دائئاً للمشروط حتى يتزاحم ، في استيفائه حقه ، مع دائئيه ، وإنما هو دائئ مباشر للمتعهد . إذ أن عقد الاشتراط ولد له مباشرة حقه قبل المتعهد ، ولم يولد له حقه في مواجهة المشروط . فالابن ، في مثال التأمين على الحياة الذي سبق لنا سرده . لا يخضع ، في استيفائه مبلغ التأمين الذي اشترطه له أبوه ، لمزاومة دائي الأب ، ولكنه يخضع لمزاومة دائي شركة التأمين . وهذه ميزة كبرى يقدمها نظام التأمين . إذ أن شركات التأمين ، في الغالب الساحق ، أكثر ملاءة واقتداراً من المؤمنين .

٢- إذا كان من شأن الحق المشروط أن يثبت للمنتفع عند وفاة المشروط ، كما هي الحال في نظام التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، فلا يعتبر أنه قد ثبت له عن طريق الإرث عن المشروط ، ولا الوصية منه . فهو لا يتلقاه من تركه المشروط ، وإنما يتلقاه مباشرة من عقد الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه لا يخضع لضريبة التركات . كما أنه لا تراعى ، في ثبوته للمنتفعين ، عند تعددهم ، أحكام الميراث بالنسبة إلى تحديد أنصبتهم فيه ، وإنما لأحكام العقد نفسه . فلو أن الأب ، مثلاً ، أمن على حياته لمصلحة أولاده . البنين منهم والبنات ، ولم يحدد نصيب كل منهم في مبلغ التأمين ، قسم هذا المبلغ ، على أساس الرموس ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثى ، وليس مثل



حظ الأثنين : كما تقضى بذلك قواعد الميراث . ثم أن الحق المشترط لا يخضع لقيود الوصية التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى حدود الثلث .

٣٠٤ - حق المتفع ينفع من عقد الاشتراط : رأينا أن مؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمتفع ، قبل المتعهد ، حق شخصى ومباشر . يستطيع أن يطالبه به ، بدعوى مباشرة . ولا يقس هنا المقام لعرض الآراء والنظريات العديدة التى قيل بها لتأصيل هذه النتيجة القذة : والتى تتضمن تصدعاً كبيراً للقاعدة التقليدية العتيقة ، التى تقضى بأن العقود لا تنفع الغير . ونجتزئ هنا بالرأى الذى نراه صائباً ، والذى يتمشى مع أحكام القانون ومذكرته الإيضاحية <sup>(١)</sup> ، ومؤداه أن المستفيد يتلقى حقه من ذات عقد الاشتراط ، برغم أنه ليس طرفاً فيه <sup>(٢)</sup> .

ويترب . على كون المتفع أو المستفيد يتلقى حقه الذى اشترط له من ذات عقد الاشتراط . نتيجتان هامتان : هما الآتيان :

١ - يسوغ للمتعهد : عندما يطالبه المستفيد بحقه المشترط له ضده ، أن يتمسك . فى مواجهته ، بكل الدفع الناتجة له من عقد الاشتراط . فيجوز له . مثلاً ، أن يتمسك ببطالان هذا العقد أو إبطاله . كما يجوز له أن

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون المدنى ، ما يدم الرأى الذى نغيرناه ، والذى يبشر بأن المستفيد ، أو المتفع ، يستمد الحق المشترط لصالحه مباشرة من عقد الاشتراط ، خلافاً للقاعدة العتيقة ، وهى أن العقود لا تنفع الغير . فهى ، فى هذا الصدد ، تقول : « ينعطى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم ، قبل المشترط ، بمصلحة المتفع . فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً فى التعاقد . وهذه الثابتة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق . ولهذا التصور ، وعلى بساطة ووضوح ، فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته ، من حيث شفوذه عن حكم القواعد العامة : وهو ، فضلاً عن ذلك ، يعقل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها ( مجموعة الأعمال التفسيرية لقانون المدنى ج ٢ ص ٣١٦ ) .

(٢) ويأخذ هذا الرأى من فقهاء المصريين : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٨٠ - حشمت أبو سنيث ، المرجع السابق نبذة ٣٢٣ - جبال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٥٤ - نبذة ١٥٤ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٤٥٨ .



يطلب فسخه ، إذا ما قام سببه ، كما إذا كان المشترط مؤمناً على حياته لمصلحة أولاده ، ثم تقاعس عن أداء أقساط التأمين . ويجوز كذلك للمتعهد أن يتمسك ، في مواجهة المستفيد ، بالدفع بعدم تنفيذ التزامه حتى تؤدي الالتزامات التي يفرضها عقد الاشتراط على المشترط . وعلى العموم ، لا يقصر المتعهد من كون الحق الناشئ في ذمته ثابتاً للمتفع . فيجوز له ، في مواجهة هذا الأخير ، أن يتمسك بكل الدفوع التي تنتج له من عقد الاشتراط ، والتي كان يسوغ له أن يتمسك بها ، في مواجهة المشترط . لو أنه اشترط الحق لنفسه . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٢ . في آخرها ، بأنه : « ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد » .

٢ - مادام حق المستفيد . أو المتفع ، يتولد له من ذات عقد الاشتراط ، فإنه يتحدد ويتقيد بما يجيء فيه . وقد ذكر المشرع نفسه ، في المادة ١٥٤ / ٢ ، تطبيقاً لهذه الفكرة . فبعد أن قرر المبدأ الأساسي العام ، ومؤداه أنه يجوز للمستفيد أن يطالب المتعهد مباشرة بالوفاء له بالحق المشترط له ، أردف يقول : « ... ما لم يتفق على خلاف ذلك » . وهكذا فلو أن عقد الاشتراط تضمن ما يمنع المستفيد من مطالبة المتعهد بحقه ، لوجب إعمال هذا الحكم . وهنا تبقى المطالبة مقصورة على المشترط ، حيث يسوغ له وحده أن يلزم المتعهد بأن يؤدي للمستفيد الحق المشترط لمصلحته .

### ٣٠٥ - الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد :

الاشتراط لمصلحة الغير نظام يستهدف ، كما بينا ، تحقيق منفعة لشخص أجنبي عن العقد . ليس طرماً فيه ، استثناء من الأصل التقليدي العتيق . وهو أن العقود لا تنفع الغير . وهو يتضمن مخالفة أخرى لقاعدة ثابتة تقليدية وعتيقة ، وهي قاعدة أن يكون الدائن موجوداً ومعيناً عند نشوء حقه .

فلا يلزم ، في نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يكون الشخص الذي يشترط لمصلحته الحق ، وهو المستفيد أو المتفع ، محدداً ومعيناً بالذات عند



انعقاد الاشتراط ، طالما أنه من المستطاع تحديده فيما بعد ، وقت أداء الحق المشروط . بل إنه لا يلزم ، حتى أن يكون المنتفع أو المستفيد موجوداً عند انعقاد الاشتراط ، طالما أنه سيوجد عند تنفيذه . وهكذا يسوغ الاشتراط لمصلحة شخصي مستقبل ، كما إذا أمن رجل على حياته ، لمصلحة من عساه أن ينجبهم ، فيما بعد ، من أولاد ، أو لمصلحة شخص غير معين بالذات ، كما إذا أمن رب العمل لمصلحة عماله ، دون تحديد لنواتهم بشرط أن يوجد المشروط لمصلحه ، أو أن يتحدد ، وقت أداء المنفعة المشترطة . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٦ بأنه : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين بالذات وقت العقد : مادام تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة » .

### ٣٠٦- قبول المستفيد الحق المشروط لمصلحه :

رأينا ، فيما سبق أن المستفيد يتلقى ، من ذات عقد الاشتراط ، وابتداء من تاريخ إبرامه . حقاً شخصياً ومباشراً . ولكن هذا الحق لا يثبت له ، بطبيعة الحال . برغم أنه . فيجوز له أن يرفضه . فإن فعل . اعتبر الحق المشروط أنه لم يثبت له . وهنا يسوغ للمشروط ، ولورثته من بعده ، أن يوجهوا الحق المشروط وجهة أخرى ، أو أن يستأثروا به الخاصة أنفسهم .

وقبول المستفيد . أو المنتفع ، الحق المشروط له ، ليس شرطاً ضرورياً للذات ثبوت هذا الحق له . فهذا الحق ثابت له قبل أن يصدر منه قبوله ، وفور انعقاد الاشتراط . ولكن قبول المستفيد للحق المشروط له يؤكده ، من ناحية ، ويدعمه ، من ناحية أخرى ، حيث يقيه من خطر استعمال المشروط الرخصة المخولة له في نقض المشاركة ، والتي سنتناولها حالا .

### ٣٠٧- نقض الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن تقديم منفعة للمستفيد أو المنتفع . وإذا كان المتعهد هو الذى يقدسها له ، نتيجة أدائه الالتزام الذى رتبته العقد عليه ،



إلا أن المشرط هو الذى يشترطها عليه ، وهو الذى يتحمل مقابلها ، إن كان لها مقابل . ومن ثم ينحول القانون للمشرط ، بعد أن يتعقد الاشتراط ، أن يتقضه ، بمعنى أن يحرم المستفيد من الفائدة التى من شأنه أن يرتبها له .

وهذه الرخصة تثبت للمشرط شخصياً . فهى لا تنتقل من بعده إلى ورثته . ولا يجوز لدائنيه أن يباشروها عنه ، باسمه وحسابه ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، حتى لو كان معسراً . فالأمر متروك لمحضر تقديره هو ، وفقاً لمسايراه .

ونقض الاشتراط ، فى الحدود التى بينها ، يتقيد بإعلان المستفيد رغبته فى الإفادة من الاشتراط : إما للمشرط أو للمتعهد . فبمجرد أن يعلن المستفيد : صراحة أو ضمناً . رغبته فى الإفادة من الاشتراط : للمشرط أو للمتعهد . يثبت له الحق المتولد عنه نهائياً ، ويستحيل بعد ذلك على المشرط أن يحرمه منه بتقص المشاركة . ولا يكتفى هنا ، لسقوط حق المشرط فى نقض الاشتراط . أن يثبت أن المستفيد قد قبل المنفعة . وإنما يلزم إعلان قبوله هذا . إما للمشرط أو للمتعهد . وإن كان القانون لم يستلزم شكلاً خاصاً لهذا الإعلان . ولذلك يكتفى أن يثبت حصوله بأى طريق . بل يكتفى أن يعلن المتفع قبوله الحق المشرط دلالة . وهكذا فقيام المتفع برفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بالحق المشرط له ، يعتبر إعلاناً منه له بقبوله هذا الحق ، من شأنه أن يسقط رخصة المشرط فى النقض .

وإذا كان للمشرط أن ينقض المشاركة ، قبل أن يعلن المتفع رغبته فى الإفادة منها على النحو الذى حددناه ، فإن هذه الرخصة تمتنع عليه ، إذا قضى العقد بذلك ، صراحة أو دلالة . ومثال هذه الحالة ، أن يبيع الراهن العقار المرهون ، ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن : كله أو بعضه ، للدائن المرتهن . وفاء بالدين المضمون بالرهن ؛ فى مثل هذه الحالة ، يكون للمتعهد مصلحة ظاهرة فى أن يدفع الثمن للمرتين . فيستفاد دلالة أنه اتفق مع البائع على أن يتزل هذا الأخير عن حقه فى نقض المشاركة ، ما لم يظهر من القيد ما يخالف ذلك .



من كل ماسبق مخلص ، كما تقول المادة ١٥٥ / ١ . أنه « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته ، أن يقتض المشارة . قبل أن يعلن المتضغ إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

وكما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ / ١ : « ولا يترتب على نقض المشارة أن تبرأ ذمة المتعهد نحو المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال متضغ محل المتضغ الأول . كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارة » .



## الفصل الرابع

### تنفيذ العقد

٣٠٨ - تناولنا ، في الفصل الأول ، مضمون العقد ، فتحددت لدينا الأحكام التي يشتمل عليها . وفي الفصل الثاني ، تكلمنا في القوة الملزمة للعقد ، فعرفنا أنه يلزم بكل ما يتضمنه من أحكام . وفي الفصل الثالث ، عرضنا لتسمية آثار العقد ، فتبيننا أنه : وإن كان يتمثل قوة ملزمة ، إلا أنه لا يلزم كل الناس ، ولا تنصرف آثاره إلى الكافة ، وإنما يقف في هذا الخصوص عند عاقديه وخلفائهما ودائيهما في حدود معينة بينها . ويبقى لنا من الباب الذي خصصناه لآثار العقد أن نتناول ما جرت العادة على أن يطلق عليه « تنفيذ العقد » .

وإذا أردنا الدقة في تحديد معنى عبارة « تنفيذ العقد » لاستبان لنا أنها تعيد مجرد تحديد الالتزامات التي ينشأ . فالعقد ينشأ ليولد الالتزامات التي من شأنه أن يرتبها . ومن هنا كان القول بأن العقد مصدر للالتزام . وإذا أنشأ العقد الالتزام ، فإنه يحیی دور هذا الأخير في أن يتنفذ بدوره ، بأن يؤديه المدين ، أي بقیه . ولكن اصطلاح « تنفيذ العقد » يفيد في الفكر القانوني تشريعاً وفقهاً وقضاءً ، معنى آخر مختلفاً . فيقصد به أداء الالتزامات التي يولدها . وهو بهذه المثابة يختلط مع اصطلاح « تنفيذ الالتزام » . فالذي يتنفذ في الحقيقة — بمعنى الأداء — هو الالتزام وليس العقد . ولكن طالما أن العقد ينشأ الالتزام ليقنفذ ، ففي تنفيذ الالتزام تنفيذ للعقد بدوره ، وإن كان بطريقة غير مباشرة .

وسواء أقصد بتنفيذ العقد تحديد الالتزامات التي ينشأ ، أم قصد به أداء الالتزامات التي يرتبها ، أي سواء قصد به التنفيذ المباشر أو غير المباشر . فإنه يلزم أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجه حسن النية وشراف التعامل وتزاهة القصد . وفي ذلك تقضي المادة ١٤٨ / ١ بأنه : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجه حسن النية » . فحسن النية



وشرف التعامل يظان العقد في استخلاص مضمونه : أى في تحديد الالتزامات التى يولدها في وجودها ومدها : كما يظانته أيضاً في أداء الالتزامات الناشئة عنه .

وما يوجب حسن النية وشرف التعامل في خصوص عقد بعينه هو من مسائل الواقع . التى يترخص فيها قاضى الموضوع بسلطته التقديرية ، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض ، طالما جاء تقديره سائفاً <sup>(١)</sup> .

٣٠٩- وإذا قام العقد وأنشأ التزاماً أو أكثر ، على أحد طرفيه أو على كليهما . توجب تنفيذ كل التزام ينشئه . وتنفيذ الالتزام يتم بأداء محله بذات نفسه وبعينه : أى أن المدين يؤدى نفس أو عين الأمر الذى يقوم عليه التزامه . من أجل ذلك يطلق على أداء الالتزام على هذه الصورة « التنفيذ العيني » للالتزام . فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتنفيذ بقيام المدين بدفع هذا المبلغ . والالتزام بتشيد دار ، يتنفيذ بإقامة تلك الدار بمواصفاتها . والالتزام بتسليم شيء يتنفيذ بوضع هذا الشيء تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع أن يضع يده عليه بغير عائق ، والالتزام بعلاج مريض يتنفيذ بأداء الرعاية الطبية التى تتطلبها ظروف الحال .

والالتزامات : من حيث كيفية تنفيذها ، تختلف بالضرورة باختلاف موضوعها . ومع ذلك يمكن ردها ، في هذا الخصوص ، إلى نوعين أساسيين :

( الأول ) التزام يكون موضوعه هو الوصول بالدائن إلى غاية أو نتيجة معينة يؤدى بها له المدين . وهذا هو الالتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية obligation de resultat . ومثال هذا النوع الالتزام بتسليم شيء ، والالتزام بتشيد دار بمواصفات معينة : والالتزام بدفع مبلغ من النقود . وفى مثل هذا النوع ، لا يعتبر الالتزام أنه قد تنفذ إلا إذا وصل المدين بالدائن بالفعل إلى

---

(١) راجع : نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٤٣/٨١١ ق مجموعة النقض من ٢٨ من ١٢١٤



الغاية أو النتيجة المطلوبة ، كأن سلم له الشيء أو شيد له الدار بمواصفاتها أو دفع له مبلغ النقود .

( الثاني ) التزام لا يتطلب من المدين أكثر من أن يبذل لمصلحة الدائن قدرأ معيناً من الحرص أو العناية أو الرعاية في سبيل وصول هذا الأخير إلى هدف يرنجيه ، دون أن يلتزم بأن يحقق له هذا الهدف ذاته ، وهذا هو الالتزام بوسيلة . obligation de moyen أو ببذل عناية . ومثال ذلك التزم الطبيب بعلاج المريض ، والتزام المحامي بالدفاع عن موكله . فالطبيب أو المحامي لا يلتزم هنا بشفاء المريض أو بكسب القضية ، وإنما يلتزم فقط ببذل العناية أو الرعاية المطلوبة منه قانوناً ، في سبيل الوصول إلى هذا الغرض أو ذاك . فإن فعل اعتبر أنه قد نفذ التزامه ، بغض النظر عن تحقق الهدف المقصود أو تحلقه . والقدر المتطلب من الرعاية هنا يتحدد ، بحسب الأصل : بما يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين . على أن هذا القدر قد يرتفع . أو ينخفض إذا قضى بذلك نص خاص في القانون أو شرط في العقد .

٣٠٠ - وإذا لم يؤد المدين عين ماالتزم به ، وبعبارة أخرى ، إذا لم ينفذ التزامه عيناً تنفيذاً كاملاً من حيث الكيف والكم والزمن ، وبرغم إغذار الدائن إياه بوجوب ذلك ( المادة ٢١٨ ) . تحمل بالمسئولية على نحو مايقضى به القانون . ومن هنا ساد القول بأن الالتزام يتضمن عنصرين : عنصر الوجوب أو المديونية schuld وعنصر المسئولية haftung .

وقد جرت العادة من قديم في فرنسا وفي مصر وفي غيرها من البلاد الأخرى على أن يطلق على المسئولية التي يتحمل بها المدين ، عند إخلاله بالالتزام الذي يولده العقد في ذمته ، باصطلاح « المسئولية العقدية responsabilité contractuelle » . وقد شاع هذا الاصطلاح وساد . حتى بات يظهر كما لو كان من الحقائق الثابتة الراجحة في دنيا القانون : وقد ساعد على ذلك أنه تولد في أذهان رجال القانون الاعتقاد بأن الاصطلاح السابق يقابل اصطلاح « المسئولية التقصيرية » .

والحقيقة أن اصطلاح « المسئولية العقدية » ، برغم ثبوته ورسوخه ،



لم يأت موفقاً . فالمسئولية لا تكون عن العقد ، وإنما تكون عن الإخلال بالالتزام الذى يفرضه العقد ، وبعبارة أخرى عن الإخلال بالالتزام التعاقدى . ثم إن المسئولية العقدية لا تقابل ذات المسئولية التقصيرية أو المسئولية عن العجل غير المشروع . فهذه المسئولية الأخيرة لا تعلق أن تكون الينبوع الذى يؤولد الالتزام على صاحب الفعل الضار بتعويض الضرر الذى ألحقه بضحيته ، وبعبارة أخرى هي لا تعدو أن تكون المصدر لهذا الالتزام . وهى بهذه المثابة تقابل العقد ذاته ولا تقابل المسئولية عن الالتزام الناشئ من العقد ، أو المسئولية العقدية . فلذا نشأ الالتزام عن المسئولية التقصيرية ثبت له كيانه الدقيق وتحمل المدين به . وانشغلت مسئوليته عنه إذا تقاعس عن تنفيذه ، شأنه فى ذلك شأن الالتزام الناشئ من العقد . فكأننا لو أردنا أن نتمشى مع المقصود من اصطلاح « المسئولية العقدية » فى مجال العمل غير المشروع ، لتوجب أن نقول المسئولية عن المسئولية التقصيرية . وإذا أردنا أن نساير المنطق القانونى إلى نهايته بالنسبة إلى مصادر الالتزام الأخرى . لتوجب أن نقول : « المسئولية الإثرائية » ( المسئولية عن الالتزام الناجم عن الفعل النافع ) ، والمسئولية عن الإرادة المنفردة وهكذا .

والحقيقة أنه لا توجد فى مجال القانون المدنى إلا مسئولية واحدة ، يمكننا أن نطلق عليها « المسئولية المدنية » ، تميزاً لها عن المسئولية الجنائية أو الإدارية أو الدستورية أو غيرها . وقوام هذه المسئولية فى الأساس واحد وهو الإخلال بالالتزام . أياً ما كان مصدره ، أى سواء أكان مصدره العقد أم الفعل الضار أم الإثراء بدون سبب على حساب الغير . ثم الإرادة المنفردة ، أم غير ذلك كله من الوقائع التى يمنحها القانون قوة لإنشاء الالتزام . وليس يوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك أن تختلف هذه المسئولية على نحو أو على آخر باختلاف مصدر الالتزام . كما أنها قد تختلف باختلاف موضوع الالتزام ذاته . حتى لو اتحد مصدره .

ونحن - بما أوردناه فيما سبق ، لانسهدف نيل اصطلاح « المسئولية العقدية » ، بعد أن ثبت وترسخت أقدامه عبر العصور . فنحن نوداً من أنصار



المذهب القائل بأن الخطأ الشائع خفي عن الصواب المهجور . وإنما أردنا فقط أن نبرز حقيقة التقابل بين الاصطلاح السابق وبين اصطلاح « المسئولية التصهيرية » أو « المسئولية عن العمل غير المشروع » . وأن المسئولية المدنية أوسع نطاقاً من هاتين المسئوليتين . ثم إننا ابتغيها أيضاً أن نبرز أن نظرية العقد - التي هي موضوع هذا المؤلف - تقف عند العقد ذاته ، فلا تتجاوزه إلى التطرق إلى الالتزامات التي يولدها من حيث تنفيذها أو المسئولية عنها : شأن نظرية العقد في ذلك شأن نظرية العمل غير المشروع أو المسئولية التصهيرية ، وشأن نظرية الإثراء بدون سبب أو نظرية الإرادة المنفردة . أما تنفيذ الالتزام والمسئولية عنه : فحل دراسته - أيأ ما كان مصلحه - في أحكام الالتزام . وهذا هو بالفعل النهج الذي يسير عليه قانوننا المدني .



## الباب الثالث

### انحلال العقد

٣١١- يقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفيه ، بعد قيامها . والأصل أن العقد لا ينحل . بل هو لا ينقضى . فمن شأنه أن يولد الالتزامات . والالتزامات هي التي تنقضى ، إما بالوفاء ، كما هو الأمر العادى المألوف ، وإما بغير الوفاء من أسباب الانقضاء الأخرى . وإذا انقضت الالتزامات المتولدة عن العقد ، فإن العقد نفسه لا ينقضى . حتى في هذه الحالة ، وإنما هو يبقى هنا قائماً ، لينهض دعامة وسنداً للحقوق التي نشأت . نتيجة تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه . فإذا باع شخص ، مثلاً ، لآخر ماله . وتنفذت الالتزامات التي يولدها البيع . فسلم البائع المبيع للمشتري الذي انتقلت إليه ملكيته ، ودفع المشتري الثمن ؛ في مثل هذه الحالة . برغم أن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالوفاء ، إلا أن البيع نفسه لا ينقضى ولا يزول . بل يستمر قائماً . ليؤدى دوره الأخير . كدعامة وسند لحق البائع في ملكية المبيع ، ولحق المشتري في استيفائه الثمن .

وإذا كانت القاعدة أن العقد لا ينحل . فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ أنه يرد عليها بعض الاستثناءات . ومن هذه الاستثناءات ما هو خاص بعقود بعينها : كالرجوع في الهبة ، وكالإنهاء في الوكالة ، وكحل الشركة . ولن تناول هنا ، ونحن في مجال دراسة نظرية العقد ، أى دراسة أحكام العقد بوجه عام : تلك الاستثناءات الخاصة ، حيث إنها تجد مكانها عند دراسة العقد الذي نخصه . وهكذا يبقى لنا النوع الثانى من الاستثناءات التي ترد على قاعدة أن العقود لا تنحل . وهى أسباب الانحلال العامة . وتركز هذه الأسباب في ثلاثة أساسية . هى الفسخ ، والانفساخ ، والتفاسخ أو التبايل أو الإقالة . وتناول كلامنا هذه الأسباب ، في فصل مستقل . ثم نعقب في فصل أخير ، بدراسة حالة . يتوقف فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مؤقتاً ، وهى حالة الدفع بعدم التنفيذ .



## الفصل الأول

### فسخ العقد

٣١٢- الفسخ *résolution* هو حل الرابطة العقدية ، بناء على طلب أحد طرفي العقد ، إذا أحل الطرف الآخر بالتزاماته . وهكذا فالفسخ يتمثل جزاء عن إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وبمقتضاه ، يستطيع العاقد الآخر حل الرابطة العقدية ، حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ، وذلك دون حرمانه من حقه الأصلي في التمسك بالعقد والإصرار على إعماله ، والمطالبة بالتألي بالتنفيذ العيني للحقوق الناجمة له منه ، إذا رآه له أفضل . وفي ذلك تقضي المادة ١٥٧ بأنه : « ١ - في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مفضل . ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ . إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » .

### ٣٠٣ - نشأة الفسخ وأصليه :

عرفنا أن الفسخ يتمثل جزاء يتقرر لكل من العاقدين ، إذا أحل العاقد الآخر بالتزامات التي يفرضها العقد عليه .

ولم يكن الفسخ : كجزاء عن الإخلال بالالتزام ، معروفاً في أول عهد القانون الروماني <sup>(١)</sup> . ولتفادي الضرر الناتج عن ذلك ، جرى العمل على

---

(١) والفقهاء الإسلاميون لم يعرفوا نظام الفسخ كجزاء عن إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وإذا كان إصطلاح « الفسخ » معروفاً في لغة فقهاء المسلمين ، بل وكثير الشيوع على الأئمة ، فهو بمعنى ضيق مدلولاً مختلفاً . فقد استعملوه في معنيين : في معنى بطلان العقد أو إبطاله ، وللدلالة على انحلال العقد نتيجة إعمال شرط اتفق عليه طرفاه . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد . راجع ما سبقه ،

نوبة ٣٢٩ . . .



أن يتضمن العقد شرطاً ، بمقتضاه يتفق طرفاه على انقضاؤه . إذا أخل أحدهما بما يفرضه عليه من التزامات : أى جرى العمل على أن يتفق العاقدان على جعل العقد معلقاً على شرط فاسخ . هو إخلال أى منهما بالتزاماته . وهكذا شق نظام الفسخ طريقه إلى الوجود . فى القانون الرومانى : مؤسساً على الشرط الفاسخ الصريح .

وانتقل نظام الشرط الفاسخ الصريح من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم : حيث عم وشاع النص عليه فى العقود ، إلى حد أن أصبح وجوده فيها مفترضاً ، حتى عند عدم التصريح به : تأسيساً على أن العاقدين ، وإن لم يصرحا به ، إلا أنهما مع ذلك يرتضياه ضمناً . وهنا أصبح الفسخ نظاماً منطلقاً يسرى على العقود كلها . ومؤسساً على شرط يفترض وجوده فى العقد . على اعتبار أن المتعاقدين ارتضياه ضمناً ، أى على الشرط الفاسخ الضمنى .

ولكن الفرنسيين القدماء . إذا كانوا قد وصلوا إلى تعميم نظام الفسخ على العقود كلها . دون حاجة إلى اشتراطه صراحة فى العقد . فهم ، من ناحية أخرى . قد قبلوه عما كان عليه الحال من قبل . إذ هم لم يتركوه يقتدر بقوة القانون بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام ، الأمر الذى كان يقول به الرومان . ولكنهم اشتراطوا ، لحصوله ، أن يقضى به القاضى . وهكذا ولد نظام الفسخ على النحو الذى يقول به القانون المعاصر .

وجاءت مدونة نابليون ، وأخلت بنظام الفسخ على نحو ما كان يقول به الفرنسيون القدماء : مؤسسة إياه بدورها على الشرط الفاسخ الضمنى ، الذى افترضت وجوده دائماً فى العقود الملزمة للجانبين ( المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى ) . ومن مدونة نابليون ، انتقل نظام الفسخ ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، إلى كثرة من قوانين الدنيا . ومنها قانوننا المصرى .

بيد أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمنى ، أصبح اليوم منتقداً ، بل مهجوراً أو يكاد ، حتى فى فرنسا نفسها ، وذلك على الأكل وفقاً للمفهوم الأصيل لهذا الشرط الفاسخ . فوذى هذا الشرط ، إذا أخذناه بمفهومه



الأصيل الذي اصطاحه عند نشأته (١) ، أن ينسخ العقد بقوة القانون ، بمجرد إخلال أحد العاقدين بالتزاماته ، دون حاجة إلى تدخل من القاضي ، وذلك في حين أن الفسخ - وفقاً لما يقول به القانون المعاصر ، لا يقع ، كقاعدة عامة ، إلا بحكم القاضي . بل إن للقاضي ، كما سنرى ، في إيقاع الفسخ ، سلطة تقديرية رحبة الحدود ، تصل به إلى حد إمكان رفضه ، برغم توافر شروطه .

وبرغم أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمى بات اليوم فكرة غير سليمة ومنبوذة ، إلا أننا نجد كثرة الأحكام في مصر لازالت تذكر هذا الشرط على اعتبار أنه يمثل أساساً للفسخ القضائي (٢) - وهو ذلك الذي لا يقع إلا بحكم القاضي - لتقابل بين هذا النوع من الفسخ وبين الفسخ القانوني أو الاتفاق . الذي يقع بقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم القاضي ، والذي تؤسسه على ما يطلق عليه الشرط الفاسخ لصريح . ولو أننا أردنا التزام الدقة - لتوجب القول بأنه لا يوجد في مجال الاتفاق على الفسخ ،

(١) المفهوم الأصيل للشرط الفاسخ هو أن يعلق زوال العقد على واقعة مستقبلية محتملة الحصول دون أن تكون مؤكدة ، وهي إخلال العاقد بالتزاماته ، بحيث إنه إذا تحققت هذه الواقعة ، انفسخ العقد . وقد كان الرومان يأخذون بدقة هذا المفهوم ، وأعملوا مؤداه ، فقالوا بوقوع الفسخ بقوة القانون ، بمجرد حصول إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . ولكن مفهوم الشرط الفاسخ أخذ يتغير ، بعد أن قال الفرنسيون الفقهاء ، ومن بعدهم مدونة نابليون ثم غيرها من المعونات القانونية المصرية الأخرى ، بوجود تدخل القاضي ، كأصل عام ، وعلى الإكس ، بعد أن منح القاضي سلطة تقديرية رحبة في إيقاع الفسخ أو رفضه . وأصبح مدلول الشرط الفاسخ ، عند بعض الفقهاء وفي بعض أحكام الفقهاء ، هو أن يقع الفسخ جزاء للإخلال بالتزام نتيجة اتفاق العاقدين على هذا الحكم صراحة أو ضمناً . وهكذا تغير مدلول الشرط ، باعتباره مصفاً يعلق العقد عليه ، إلى مدلول الشرط ، باعتباره أحد البنود التي يشتملها العقد ، وبعبارة أخرى ، تغير مدلول الشرط condition إلى مدلول الاشتراط clause . تارن في ذلك Do Page ج ٢ نبة ٨٧٦ .

(٢) انظر من أحكام النقض : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ ملن ٢٢/٧٤ مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٩/١١/٢٤ مجموعة النقض س ٦ ص ١٥١ رقم ٢٠٦ - نقض ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ - نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ ملن ٣٦/١٣٢ مجموعة النقض س ٣١ ص ٩٠٨ رقم ١٤٥ - نقض ١٩٤٧/١٢/٤ مجموعة ص ٥ ص ٤٩٨ رقم ٢٣٧ .



إلا نوع واحد من الشرط . وهو ذلك الذى يطلق عليه « الشرط الفاسخ الصريح » ، الذى يترتب عليه وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد حصول الإخلال بالالتزام . أما الفسخ الذى يشار إليه على اعتبار أنه يؤسس على ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الضمنى » ، وهو الفسخ القضائى ، فإنه لا يقع فى الحقيقة نتيجة الاتفاق عليه من العاقدين ، أى اشتراطه منهما ، وإنما يقع إعمالا لحكم القانون نفسه الذى يبين شروطه وماده (١) .

وتسير الآن جمهرة الفقهاء على تأسيس الفسخ على فكرة السبب (٢) . فهم يقولون إنه ، فى العقود التبادلية ، يرجع سبب التزام كل متعاقد إلى قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته ، بحيث إنه إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات ، أصبح سبب التزام المتعاقد الآخر غير متحقق ، الأمر الذى يحوله طلبه فسخ العقد . وقد شاعت هذه الفكرة فى الفقه ، على الأخص بعد أن قال الفقيه *Capitant* بالتعديل الذى أجراه على نظرية السبب فى شكلها التقليدى ، ومؤداه أن سبب التزام كل متعاقد فى العقود التبادلية ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، بل تنفيذ هذا الالتزام .

وتأسيس الفسخ على فكرة السبب يبدو لنا ، بدوره ، محل نظر . فوذى هذه الفكرة أن يقع الفسخ بقوة القانون ، بمجرد حصول الإخلال بالالتزام ، إذ يصبح التزام التعاقد الذى حصل الإخلال لإضراراً به ، غير قائم على سبب . وذلك فى حين أن الفسخ لا يقع ، كأصل عام ، إلا بحكم القاضى . بل إنه للقاضى ، كما سرى ، أن يرفض طلب الفسخ ، حتى بعد أن يثبت له الإخلال بالالتزام (٣) .

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه بالنسبة إلى ورود عبارة الشرط الفاسخ الضمنى فى أحكام القضاء ،

السنهورى ج ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٧٨٤ هامش ٣ .

(٢) انظر : حشمت أبوسميت ، المرجع السابق نبذة ٣٧٣ - عبد المنعم الصده ، المرجع

السابق نبذة ٣٦٨ - *Colin et Capitant* ج ٢ نبذة ١٤٠ - وقارن السنهورى ،

المرجع السابق نبذة ٤٦٣ حيث يرى تأسيس الفسخ على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة .

(٣) انظر فى نقد تأسيس الفسخ على فكرة السبب : *Marty et Raynaud* ج ٢ نبذة

١٩٠ و ٢٨٤ و ٣١١ - *Mazaud* ، دروس القانون المدنى نبذة ٢٦٦ - *Planiol* ،

*Ripert et Boulanger* ج ٢ نبذة ٥١٥ .



وإذا طرحنا الرأي الذى يقيم الفسخ على فكرة السبب ، فإن الرأي الذى يتمثل لنا صواباً هو أن الفسخ يتقرر كجزاء يفرضه القانون عن الإخلال بالالتزام ، شأنه فى ذلك شأن التعويض . وهو جزاء يتسق مع فكرة أن العقد التبادلى يفرض الالتزامات على عاقيه على سبيل التقابل ، بحيث إنه إذا تقاعس أحدهما عن الوفاء بالتزاماته ، ساء للعقد الآخر أن يطلب إزالة العقد كله ، وتحله بالتالى من التزاماته هو . وفكرة أن الفسخ يتقرر كجزاء عن الإخلال بالالتزام هى التى تتسق أكثر مع وجوب تدخل القاضى لإيقاعه ، وعلى الأخص مع منحه سلطة تقديرية رحبة فى الحكم به أو فى رفضه . فالأصل ، فى الجزاء أنه يتقرر بحكم القاضى (١) .

#### ٣١٤ - مجال الفسخ :

الفسخ لا يكون إلا فى العقود . فلا مجال له فى التصرفات الصادرة من جانب واحد ، كالوصية . وهذا أمر ظاهر تقتضيه طبيعة الفسخ ذاتها .

والفسخ لا يكون إلا فى العقود المنقطة . فهو لا يكون فى العقد الباطل . لأنه جزاء على إخلال العاقد بالتزامه . وهذا يفترض بالضرورة أن يكون العقد قد انعقد ، فولد آثاره ، ثم جاء أحد طرفيه فتقاعس عن أداء الالتزام الذى يفرضه عليه . وهكذا فلا مجال للفسخ ، إذا كان العقد لم يقم ، بمعنى أنه قد وقع باطلاً .

وإذا كان الفسخ لا يقع فى العقد الباطل ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من إعماله فى العقد القابل للإبطال . لأن العقد القابل للإبطال ، بخلاف العقد الباطل ، عقد قائم ومتبع لآثاره ، وإن كان الزوال يهدده . وهكذا يمكن أن يخضع العقد القابل للإبطال لجزاءين ، يختلفان فى أساسهما وفى مداهما ، وإن اتفقا إلى حد كبير فى أثرهما . وهذان الجزاءان هما الإبطال والفسخ .

---

(١) ولا يسوغ أن يترض على ذلك بمقولة إن القانون يميز وقوع الفسخ بقوة القانون ، منه الاتفاق على ذلك . فهذا حكم استثنائى يخالف الأصل العام . ثم إنه ليس غريباً . فله صنف فى القانون ، وهو الشرط الجزائى ، ومرداه منح سلطة تقدير التعويض ، من الإخلال بالالتزام ، للمتأخرين نفسيهما ، فى حين أن الأصل أن التامس هو الذى يقرره .



فأساس الإبطال خلل في ذات تكوين العقد . أما أساس الفسخ ، فهو إخلال أحد العاقدين بالتزامه . والإبطال يثبت فقط للعقد الذي قام به سببه ، دون العاقد الآخر . أما الفسخ ، فهو يثبت لأي من العاقدين يحصل الإخلال من غريمه بالتزامه إضراراً به . ثم إن الإبطال : إذا توافر سببه ، وتمسك به من قرر لمصلحته تمثل أمراً حتمياً على القاضي ، لا خيار له فيه ، فيلزم بالحكم به <sup>(١)</sup> . أما الفسخ ، فهو ، كأصل عام ، أمر جوازي للقاضي ، يترخص فيه بسلطة تقديرية رجة الحدود ، تحوله أن يحكم به ، أو يرفضه برغم توافر شروطه <sup>(٢)</sup> .

وإذا تحدد مجال الفسخ ، حتى الآن . بالعقد ، دون التصرف الصادر من جانب واحد ، وبالعقد المنعقد ، دون العقد الباطل ، فيبقى بعد ذلك أمر ثالث وأخير . فالفسخ لا يكون إلا في العقود التبادلية : أي الملزمة للجانبين ( المادة ١٥٧ / ١ ) ، كالبيع والإيجار والشركة . فلا مكان له في العقد الملزِم لجانب واحد : كالهبة <sup>(٣)</sup> . وهذا أمر تقتضيه بدوره طبيعة نظام

(١) هذا هو الأصل العام ، وإن كان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بالاستقلال ، حيث ثبتت للقاضي سلطة تقديرية في إجابة الطرف المستغل إلى إبطال العقد أو إلى إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرضح عنه الدين القاضي ( المادة ١٢٩ / ١ مدني ) ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه . راجع ما سبقه . فيلة ١٨٩ .

(٢) يظهر مما سبق أنه في العقد التقابلي للإبطال ، بخلاف العقد الباطل ، يمكن للعقد الذي تقر الإبطال لصالحه ، ثم جاء العاقد الآخر فأغل بالتزامه إضراراً به ، أن يسلك ، في سبيل خلاصة من العقد ، أحد طريقين : فله أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ . فإن بدأ بدعوى الإبطال ، ثم رفضها القاضي لعدم تحققه من قيام سببه ، جاز له بعد ذلك أن يرفع دعوى الفسخ . ولكن إذا بدأ بدعوى الفسخ ، ومن غير تحفظ بالنسبة إلى حقه في الإبطال ، أمكن أن يفسر ذلك على أنه يميز ضمن العقد ، فيصحح نهائياً ، فينتج عليه ، إذا حكم القاضي برفض الفسخ له إما لعدم توافر الشروط ، أو إعلا لسلطته التبديرية ، أن يرفع دعوى الإبطال بعد ذلك . إلا أن مؤدى دعوى الفسخ أن رافها يطلب إعماله كجزء عن إخلال العاقد الآخر بالتزامه . وهذا يفترض أنه يعلم بأن العقد صحيح . حتى أنه استطاع أن ينتج الالتزام الذي يدعى الإخلال به ، أي أن ذلك يتضمن منه إجازة ضمنية للعقد .

(٣) على أنه إذا كانت الهبة قد حقت مشروطة بأن يقوم الموهوب له بالتزام معين ، أمكن أن ترد على الفسخ . لأنه الهبة تكون هنا ملزمة للطرفين .



الفسخ ذاتها . فالفسخ ، نظام مؤداه أن يحل أحد العاقلين بالتزامه ، غير خصص للعائد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو من التزاماته . وهذا ما يقتضي أن يكون من شأن العقد أن يولد التزامات على العاقلين كليهما ، أي أن يكون ملزماً للجانبيين .

وإذا توافر للفسخ مجال إعماله الذي حددناه ، فهو يثبت في صورته العادية . - وهي صورة الفسخ القضائي - ، دون حاجة إلى النص عليه في العقد (١) ، بل من غير حاجة إلى أن يعرض له المتعاقدان أصلاً باتفاق عليه بينهما ، صريحاً كان هذا الاتفاق أم ضمنياً . فرخصة الفسخ القضائي ، أي الفسخ الذي يوقعه القاضي عند توافر شروطه ، تثبت لصاحبها بمقتضى القانون ذاته ، وذلك بخلاف النوع الآخر من الفسخ ، وهو الذي يقع بقوة القانون ، حيث إنه لا يكون إلا باتفاق قاطع عليه .

وإذا كان الفسخ في صورته العادية ، أي الفسخ القضائي ، يثبت لمن يكون له الحق فيه بمقتضى القانون ذاته ، وبدون حاجة إلى اشتراطه صراحة أو ضمنياً ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على استبعاده ، سواء أحصل هذا الاتفاق عند إبرام العقد أم في تاريخ لاحق . إلا أن مثل هذا الاتفاق ينبغي أن يثبت ممن يذيعه على نحو قاطع . إذ أن ما يخالف الأصل لا يفترض . فإن كان القانون هو الذي يمنح رخصة الفسخ لمن تتوافر فيه شروطه ، فهو بمنحها إياه بمقتضى قاعدة مفسرة أو مكملة ، يجوز الاتفاق على مخالفتها (٢) . وهكذا فنظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العام . وهو في ذلك يتخالف مع نظام البطلان ، الذي يعتبر من صميم النظام العام ، اعتباراً بأنه يمثل جزءاً عما يمس العقد في ذات قيامه .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ ملن ٣٢٢/١٨٨ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٧٠٨

رقم ٩٧ - نقض ١٩٦٩/٢/١٣ ملن ٣٥/٢٣ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ .

(٢) راجع نقض ١٩٦٩/٢/١٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن نص المادة ١٥٧ مدني ، التي ينول كلا من المتعاقدين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف العاقد الآخر بالتزامه ، « هو من النصوص المكنة لإرادة المتعاقدين . ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ، ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من تطلته إلا باتفاق صريح » .



### ٣٠٥ - خيار الدائن بين الفسخ والتفويض :

رأينا أنه يجوز ، في العقود الملزمة للجائنين ، للدائن ، إذا أخل مدينه بالتزامه ، أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو بدوره من التزاماته التي يرتبها العقد عليه . ولكن هذا الأمر ليس واجباً عليه . فالفسخ أمر جوازي للدائن الذي يقع الإخلال بحقه ، إن شاء تمسك به ، وإن شاء أحجم عنه ، وأصر على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه <sup>(١)</sup> . فهو يتمثل بمجرد رخصة تحول الدائن الذي يحصل الإخلال بالتزامه التحلل من العقد <sup>(٢)</sup> ، من غير أن يجبر عليه . وهو يتمثل رخصة تضاف إلى حق الدائن الأصل في التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذ التزام مدينه ، وليست بديلة عنه . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٧ / ٢ بأنه يجوز للعائد ، إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد إعداره « أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه » <sup>(٣)</sup> ؛ فالشخص الذي يبيع ماله مثلاً ، ثم يتقاعص المشتري عن دفع الثمن ، يثبت له طلب فسخ البيع ، حتى يتحلل هو بدوره من أداء التزامه بتسليم المبيع وبثقل ملكيته . ولكن هذا الفسخ يثبت له على سبيل الرخصة والجواز ، دون الجبر والإلزام . ومن ثم يسوغ للبائع في مثلنا ، أن يتمسك بوجوب أن يقوم المشتري بأداء التزامه بدفع الثمن . بل إن ذلك هو حقه الأصل ، الذي لا تأتى رخصة الفسخ بديلة عنه . وإنما نجيء لتتضاف إليه ، وتمتع الدائن الخيار بينها وبينه . وهكذا فالتعاقد الذي يحصل الإخلال بحقه يكون له الخيار بين أن يصر على تنفيذ المدين التزامه ، وبين أن يطلب فسخ العقد . والخيار في ذلك كامل له . فلا جبر عليه فيه . وإذا اختار أحد الأمرين ، فلا يوجد ثمة ما يمنعه من تركه إلى الآخر . فليس

(١) انظر في هذا الموضوع : عبد الحى حجازى ، على خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ،

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية في سنتها الأولى والثانية .

(٢) راجع في هذا المعنى : السهورى ، الوسيط ج ١ ، نبة ٧٥ ؛ والمراجع إلى أشار إليها .

(٣) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى تقول : « فى حالة الفسخ التقاضى

يتخللت أحد الماعدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لازال ممكناً ، ويكون الماعد الآخر

بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أطلع المدين من قبل .

فلذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان . . . . . فحين أن يستجيب

التقاضى لهذا الطلب . . . . . »



هناك ما يمنع العاقد من أن يبدأ بطلب التنفيذ ثم يتركه إلى الفسخ (١) ، أو العكس .

خلاصة ماسبق أن الفسخ جوازي للعاقد الذي يخل الطرف الآخر بالتزامه ولا يمنعه من التمسك بتنفيذ هذا الالتزام .

ورخصة الفسخ لا تثبت بالضرورة إلا للعاقد الذي يقع الإخلال بالتزامه دون العاقد الآخر . فلا يجوز للعاقد الذي يخل بالتزامه أن يطلب هو فسخ العقد . فالمشتري ، في مثالنا الذي سبق ذكره ، لا يجوز له أن يطلب فسخ البيع . لأن الفرض أنه هو الذي أحل بالتزامه بدفع الثمن ، دون البائع الذي لم يخل بأى من التزاماته .

يظهر مما سبق أن الفسخ رخصة تثبت لذات العاقد الذي وقع الإخلال بحقه من غريمه ، دون هذا الأخير . وهذه الرخصة تثبت له أيضاً وحده . دون أن تثبت للقاضي . فليس للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه ، حتى لو تبين حدوث الإخلال بحقوق أحد العاقلين . وإنما يتحتم هنا أن يكون هذا العاقد قد طلب من القاضي الحكم بالفسخ . وهكذا فللقاضي أن يجيب المتعاقد الذي وقع الإخلال بحقوقه إلى الفسخ ، إذا طلبه منه . ولكنه لا يحكم به مطوعاً من تلقاء نفسه .

وإذا كان الفسخ رخصة تثبت للعاقد ، جزاء لإخلال العاقد الآخر بالتزامه ، فلا يوجد ثمة ما يمنعه من التزول عنه ، حتى قبل أن يتحقق سببه ، أى حتى قبل أن يثبت الإخلال بالالتزام . وسواء في ذلك أن يجيء التزول عن الفسخ من العاقد تلقائياً ، أم نتيجة التزامه به بمقتضى عقد أبرمه مع غريمه . فالاتفاق الذي يمنع العاقد من التمسك بالفسخ صحيح . وهو صحيح ، سواء أكان من شأنه منع العاقلين كليهما ، أو أحدهما دون الآخر . وهو صحيح أبداً ما كان تاريخه : أى سواء تم بعد تحقق سبب الفسخ أم قبله (٢) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٧/٨/١٥ طعن ٣٤/١٩٢ مجموعة النقض س ٢٠ من ١٥٠٠ رقم ٢٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن رجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق لا يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع حل أساس أن البائع أغل بالتزامه .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : السهورى ، الوسيط ج ١ ، لبعة ٤٧٥ . وراجع ماسبق ،



### ٣١٦- شروط الفسخ :

يلزم . لإمكان وقوع الفسخ ، أيأ ما كانت طريقة وقوعه . أى سواء أكان فسخاً قضائياً أم قانونياً ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١- إخلال المدين بالتزامه الناشئ من العقد : فالفسخ ، كما قلنا . جزأه يقرر لصالح الدائن ، عند عدم وفاء المدين بالتزامه . فيلزم أن يكون المدين قد أخل فعلاً بالتزامه <sup>(١)</sup> ، سواء أكان هذا الإخلال كلياً ، بأن كان المدين لم ينف بالتزامه أصلاً ، أو كان جزئياً : بأن كان المدين قد وفى ببعض التزامه دون البعض الآخر .

ولا يعتبر المدين مغلاً بالتزامه إخلالاً يميز له طلب فسخ العقد . إلا إذا تقاعس عن أدائه بعد إعلانه <sup>(٢)</sup> و <sup>(٣)</sup> من دأته بوجوب هذا الأداء ، وبغير ضرورة بعد ذلك لتهديده بالفسخ إذا قعد عنه <sup>(٤)</sup> . وفى ذلك تقضى

---

(١) وتقدير الأمور التى تمثل من المدين إخلالاً بالتزامه متروك لقاضى الموضوع من غير أن يكون عليه مقتب من محكمة النقض ، ما دام هو يقوم على أسباب تسوغه . انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٧ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٥٠ .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ ص ٩٨٨ رقم ١٤٩ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن من الفسخ أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم ، وأن ينفه البائع عليه بالوفاء . وسبيل هذا التنبيه فى البيوع المدنية هو التكليف الرسمى على يد محضر . فلا يصح بمجرد خطاب ، ولو كان موحى عليه .

(٣) والإعذار مقرر لمصلحة المدين . ومن ثم ينبئ عليه أن يتسكك بعدم حصوله ، وهو فى سبيل دفع الدعوى المرفوعة بالفسخ عليه من دأته . وله أن يتسكك بعدم حصوله فى أى وقت كانت عليه الدعوى أمام محكمة الموضوع ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولكن لا يجوز له ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر فى ذلك : نقض ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ٢٧٩/٣٧٠ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٩١ رقم ١٠٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الإعذار قد شرع لمصلحة المدين ، وله أن يتنازل عنه . فلذا لم يتسكك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يمنعه قبل دفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٤) انظر : نقض ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ١٠٢٨ رقم ١٥٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصل فى الإعذار أن يكون بإتذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه . ويقوم مقام الإتذار كل ورقة رسمية يدنو فيها الدائن المدين إلى



المادة ١٥٧ / ١ بأنه « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ... » . فلا بد للإخلال هنا أن يكون ثابتاً بوجه رسمي . . . والسبيل إلى ذلك هو الإعذار « (١) » . فلا يكفي في حالة البيع مثلاً ، أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن عند حلول أجله ، ولا أن يستمر تخلفه هذا إلى ما بعد التنبيه عليه بدفعه شفاهاً أو بخطاب ، وإنما يلزم أن يستمر تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد إعداره بوقت معقول يقدره قاضي الموضوع ، علماً بأن الإعذار يكون بالإعذار على يد محضر أو بما يقوم مقامه « (٢) » (المادة ٢١٩) .

ولا تظهر أهمية تطلب أن يكون لإخلال المدين ثلثاً بوجه رسمي عن طريق الإعذار إلا في الفسخ القانوني . الذي يقع بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي . وذلك نتيجة شرط صريح في العقد يقضي به . أما في الفسخ القضائي . أي ذلك الذي يقع بحكم القاضي . فلا تظهر أهمية ما سبق .

ـ الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه . ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه . ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين . وليس يلزم أن ينفذ المدين اليأس قبل رفع الدعوى بطلب أيهما . . . . .

(١) على أن الإعذار لا يكون لازماً لإثبات الإخلال بالتزام الذي من شأنه أن يقضي إلى الفسخ في الحالات التي يقرر فيها القانون نفسه عدم ضرورة إجراءات إثبات التعصير على المدين ، كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو إذا صرح المدين بكتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ( المادة ٢٢٠ ) . انظر في هذا الاتجاه : نقض ٣١-٥-١٩٥٦ ، ١٠١٩٥٦ ، مجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ . وقد جاء في هذا الحكم « أنه وإن كان يتعين لكل نقض المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً لشرط الفسخ الضمني أن يثبت الإنتاج على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم به بداهة وصح على ذلك حين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة - لكي يصح الحكم بالفسخ - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق » .

(٢) انظر نقض ١٢/١١/١٩٦٤ المشار إليه في الخامس قبل السابق . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يؤتمن مقام الأضرار ، باعتباره السبيل الأصل للإعذار ، كل ورقة رسمية يدعى فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ، ويسجل عليه التأخير في تنفيذه » . وخلص الحكم إلى اعتبار بروتوكول عدم الدفع إعذاراً . انظر أيضاً نقض ١/٨/١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٧ ص ٢٥٩ .



ذلك لأن مجرد رفع الدعوى بالفسخ تأميساً على عدم وفاء المدين بالالتزام يعتبر في ذاته إعذاراً له بوجود هذا الوفاء في ميعاد معقول ، وإلا تحمل نتيجة تقاعسه <sup>(١)</sup> .

ولخطورة الفسخ ، اعتباراً بأنه يؤدي إلى انحلال العقد ، فقد سار الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ، على أنه يلزم ، للقضاء به ، أن يستمر الإخلال بالالتزام إلى تاريخ إيقاعه . وتظهر أهمية هذا الاتجاه في الفسخ القضائي ، أي الفسخ الذي ينشأ بحكم القاضي . حيث يؤدي الأخذ به إلى السماح للمدين المحل بالتزامه أن يدرأ عن نفسه الفسخ ، بقيامه بالوفاء بالالتزام ، إلى ما قبل صدور الحكم النهائي به <sup>(٢)</sup> ، وبمعنى أدق إلى ما قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى التي يصدر فيها هذا الحكم ، وذلك ما لم يكن تأخر المدين في الوفاء من شأنه أن يضر بالدائن <sup>(٣)</sup> .

(١) وقد قضى بأنه يلزم ، لاعتبار صحيفة الدعوى بفسخ البيع لإخلال المشتري بالتزامه أطوار هذا الأخير بالفسخ ، أن تضمن تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ( نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة النقض س ٣٠ من ٣٨٥ رقم ٧٥ ) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٢ ، مجموعة النقض س ٢١ من ٤٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، وله أن يتوق صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية ، إذ عمل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التمييز من التأخير في تنفيذ الالتزام » . وانظر أيضاً نقض ١٩٦٧/١/٢٦ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ٣٥ من ٢١٥ - نقض ١٩٦٧-٤-٢٠ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ من ٨٥٩ - نقض ١٩٥٧/٢/٢١ ، مجموعة النقض س ٨ من ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ من ٩٨٨ رقم ١٤٦ - نقض ١٩٦٢/١١/٨ مجموعة النقض س ١٣ من ٩٩٢ رقم ١٣ .

(٣) فالرخصة التي تمنح للمدين في توق الفسخ بأدائه الالتزام إلى ما قبل الحكم النهائي في الدعوى متاحة بلمح حصول ضرر للدائن من التأخير في الوفاء له بحقه . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ طعن ٣٦/١٣٠ مجموعة النقض س ٢١ من ٩٠٨ رقم ١٤٥ . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا كان من شأن الفسخ القضائي « أن يحول المدين الحق في أن يتوق الفسخ بالوفاء بالمدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد ، بل ويهدد دعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها ، ولما كان الثابت من معلومات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالبلغ المحكوم به ابتدائياً أمام محكمة الاستئناف ، وهو ما يقوم مانعاً من إجابة طلب الفسخ ، -



٢ - يلزم ألا يكون الدائن طالب الفسخ مخلاً ببلوره بالتزاماته . فالدائن يطلبه الفسخ ، يأخذ على مدينه أنه قد تقاعس عن الوفاء بالتزاماته نحوه إضراراً به ، فلا ينبغي له أن يكون ، هو من جانبه ، مخلاً بالتزاماته نحوه غريمه . إذ لا يصح له أن يتأذى من عمل يكون هو نفسه واقع فيه . بل إن المدين لا يعتبر أصلاً مخلاً بالتزامه إخلالاً من شأنه أن يجوز طلب الفسخ إضراراً به ، إذا كان دائنه قد تقاعس ببلوره عن الوفاء بما يوجبه العقد عليه لصالحه . إذ أن للمدين ، في مثل هذه الحالة ، الحق قانوناً في أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه ، إلى أن يقوم غريمه بالوفاء له بما عليه ، إعمالاً لنظام الدفع بعدم التنفيذ . وهكذا يكون امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه هنا قائماً على حق ، وليس متمثلاً في إخلال ، الأمر الذي يجعل ذات الشرط الأول السابق عرضه غير متوافر . وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد ، الذي أخل المتعاقد الآخر بحقوقه ، أن يطلب الفسخ ، إلا إذا كان هو قد وفى بالتزاماته ، أو في الأقل ، كان مستعداً للوفاء بها ، وعرض القيام بهذا الوفاء عرضاً قانونياً صحيحاً (١) .

= ما لم يتبين لهكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر بما يضار به الدائن ، وكان الحكم المطعون فيه - الذي أيد الحكم الابتدائي بفسخ العقد - لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقي من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائياً مانعاً من الفسخ ، وكان ما قرره من إسناد الماطلة والإعنات إلى الطاعن لا يمد يداً للضرر في هذا الخصوص ، فإن الحكم يكون مشوباً بالتقصير في التيسيب والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه فيما قضى به من فسخ العقد . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٥٣/٥/١٤ مجموعة النقض ص ٤ ص ١٠٢٤ رقم ١٦٠ .

(١) انظر نقض ١٩٦٧/١/١٩ ، مجموعة النقض ص ١٨ ص ١٤٣ رقم ٢٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً باع لآخر أكثر مما يملك ، واشترط في العقد اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، إذا تأخر المشتري في دفع الثمن في ميعاده . لم يبلغ المشتري أقساط الثمن في ميعاده ، استناداً إلى الخطر الذي يهدده نتيجة كون غريمه قد باع له أكثر مما يملك ، وأنه كان له بالتالي الحق في حبس الثمن . تمسك البائع بالشرط الفاسخ الصريح ، وأجابته محكمة الموضوع إليه . ولكن المحكمة العليا نقضت الحكم ، قاضية بحق « أن الشرط الفاسخ المقرر - جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء يغير حق . فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع . فلا عمل لشرط الفسخ ، حوله كان صريحاً » . وذلك حتى لو كان المشتري لم يخطر البائع بزمه على مباشرة حقه في الحبس -



٣- يجب على طالب الفسخ أن يكون قادراً على التمشي مع النتيجة التي من شأن الفسخ أن يرتبها . ففوضى الفسخ ، كما ستبينه بعد قليل ، اعتبار العقد كأن لم يكن أصلاً . الأمر الذي من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد . فإذا تعذر على الدائن بفعله أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، امتنع عليه أن يطلب الفسخ . ومثال ذلك أن يشتري شخص كمية من البضاعة ، ويتسلم بالفعل بعضها ويبيعه لعملائه ، ثم يقعد البائع عن تسليم الجزء الباقي من البضاعة ؛ هنا يتمتع على المشتري طلب فسخ البيع ، برغم وقوع الإخلال من البائع ، لأنه لن يستطيع ، لو أنه حكم بالفسخ ، أن يمشي مع نتيجته ، فيعيد البائع إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، إذ الفرض أنه لن يستطيع أن يعيد إليه البضاعة التي باعها لعملائه . ومثال الحالة التي نحن بصدددها أيضاً أن يشتري شخص آلة ، فيبني استعمالها ويهمل في اتخاذ ما يلزم من جانبها لصيانتها وتكلف ، فيمتنع عليه طلب الفسخ استناداً إلى إخلال البائع بالتزاماته نحوه ، إذ أن المشتري لا يستطيع هنا بفعله إعادة الآلة إلى الحالة التي اشتراها في الأصل عليها <sup>(١)</sup> .

بمخلص مما سبق أنه يلزم ، لكي يحكم القاضي بالفسخ ، إذا ما طلبه منه الدائن ، أن يكون المدين قد أدخل بالتزام من الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته ، وأن يكون الدائن نفسه غير محل بالتزاماته بأن يكون قد وفى بها أو على استعداد لأن يوفى بها ، وأن يكون الدائن ، في النهاية ، قادراً على

---

= قبل حلول الأجل ، إذ أن مثل هذا الإعطار ليس شرطاً لقبول الحق في المجلس . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٩/٤/٨ طعن ٣٥/١٤٨ ق مجموعة النقض ص ٢٠ ص ٥٧١ رقم ٩٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « لا يكتفى بحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم لمباينين ، وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره ، فإذا كان قد أدخل هو بالتزامه هذا ، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام » .

(١) انظر تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٦ ، طعن رقم ١٩٧٥/٤٧ تجاري ، منشور في مجلة الخامس ص ٢٨ و ٩ ص ٦٣ ، ومنشور أيضاً في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز في السنة من ١١-١٢ إلى ٧٢-١٠ ص ٧٩-١٠١ رقم ٤٠ .



التمشى مع نتيجة الفسخ ، بمعنى أن يكون قادراً من جهته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد <sup>(١)</sup> .

### ٣١٧- كيف يتقرر الفسخ :

الأصل في الفسخ أنه يتقرر قضاء ، أى بحكم القاضى . ولكنه يقع بقوة القانون ، دون حاجة إلى أن ينشأ حكم القاضى ، إذا اتفق العاقدان على حصوله على هذا النحو . وهكذا ينقسم الفسخ ، بالنسبة إلى طريقة وقوعه ، إلى فسخ قضائى وفسخ قانونى أو اتفاقى . وتكلم فى هذين النوعين من الفسخ ؛ وذلك فيما يلى :

### ٣١٨- أولاً : الفسخ القضائى :

الأصل في الفسخ أنه لا يتقرر إلا بحكم القاضى . فهو جزاء على إخلال المدين بالتزامه . والقاعدة في الجزاء أنه لا يتوقع إلا من القاضى . ومن ثم فالأصل في الفسخ أنه قضائى .

فجرد توافر شروط الفسخ لا يكفى لحصوله ، ولا يجوز للعاقد أن يتخذ ذريعة لإجرائه من تلقاء نفسه <sup>(٢)</sup> ، وإنما يلزمه أن يلجأ إلى القضاء ويطلب منه الحكم له به . وللقاضى من بعد سلطة رحمة الحدود في إيجابته إليه أو رفضه عنه ، كما سنبينه بعد قليل ، وذلك كله ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على حصول الفسخ بقوة القانون بمجرد الإخلال بالتزام .

وإذا كان الأصل في الفسخ أنه يتقرر بحكم القاضى ، إلا أنه ليس للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . وإنما يلزم لذلك أن يطلبه المتعاقد الذى حصل

---

(١) انظر ، في شروط إجابة القاضى الدائن إلى طلبه فسخ العقد ، تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٦ السابقة الإشارة إليه . وقد عد هذا الحكم إلى سرد شروط الفسخ القضائى على نحو تقلب فيه النزعة الفقهية .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/١/٢٤ طين ٢٢/٧٨ ق مجموعة النقض س ٨ ص ٩٨ رقم ١١ . وقد جاء في هذا الحكم أن فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتصلتين عليه أو بصور حكم به . . . ولا يفتق لأحد المتصلتين في الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب جى في ظنره مجررة الفسخ e .



الإخلال بمحقه<sup>(١)</sup> ، وسواء في ذلك أن يكون طلبه إياه صريحاً أم ضمنياً<sup>(٢)</sup> .. وهنا يتعين على القاضى ، قبل أن يحكم بالفسخ ، أن يتحقق من توافر كل الشروط التى سبق لنا بيانها . فإذا وجد أحدها متخلفاً ، تحتم عليه أن يرفض الفسخ . أما إذا وجد أن شروط الفسخ متوافرة كلها ، ثبتت له مع ذلك سلطة تقديرية رحبة الحدود فى إجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ ، أو فى رفضه ، أو فى نظرة المدين إلى أجل يحدده ، على نحو ما سوف تفصله حالا :

### ٣١٩ - سلطة القاضى إزاء الفسخ القضائى :

رأينا منذ قليل أن للقاضى سلطة تقديرية رحبة الحدود إزاء الفسخ القضائى .. وتتمثل سلطته هذه فى مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

أولاً : للقاضى أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام الذى تقاعس عن أدائه ، إذا رأى أن الظروف تقتضيه ، كما إذا رأى أن ثمة أملاً فى أن يفلح المدين فى أداء دينه فى وقت ليس بجد بعيد ، فينظره إلى ميسرة<sup>(٣)</sup> ، لعل الله يؤتیه من بعد عسر يسراً . وفى هذه الحالة ، لا يفسخ العقد ، إلا إذا انقضى الأجل الجديد من غير أن ينى المدين بالتزامه<sup>(٤)</sup> . وللقاضى أن يمنح المدين

(١) انظر تمييز الكويت ١٩٨٠/٦/٢٥ ، طعن رقم ٧٨/٥٠ تجارى .

(٢) انظر : تقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٣٣/٢٨٤ فى مجموعة التقض ص ١٧ من ١٥٥٢ رقم ٢١٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « إذا كان المشتري قد طلب استرداد ما عجله من الثمن وببرامة فتمت من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب غنى جسم فى المبيع ، فإنه يكون قد طلب ضمناً فسخ العقد . . . » .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٧ ) . وقد جاء فيها : « أما إذا اختار (الدائن) الفسخ ، فلا يجوز للقاضى حل إيجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظر ، مع إلزامه بالتصويض عند الانقضاء . بل ويجوز له أن يتقاضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تمويض الدائن عما تخلف المدين من تنفيذه ، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم فى الالتزام » .

(٤) ويسير الفقه والقضاء فى مجموعهما على أنه لا يجوز للقاضى ، فى حالة طلب الفسخ ، أن يترخص فى منح الأجل للمدين إلا مرة واحدة . فإذا نظرت إلى ميسرة خلال أجل معين حدده ، ثم انقضى هذا الأجل ، من غير أن ينى المدين بالتزامه ، ما ساغ للقاضى أن يمهله إلى أجل آخر .



نظرة الميسرة ، ولو لم يطلبها هذا منه <sup>(١)</sup> . إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل . والقاضي ، في منح المدين نظرة الميسرة أو في رفضها عنه ، يترخص بسلطة تقديرية ، فالأمر من إطلاقاته بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما يقوم تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

على أن القضاء ، وعلى رأسه محكمة النقض ، مستقر على أنه لا يجوز منح المدين ، في سبيل تجنيبه دعوى الفسخ ، نظرة الميسرة إلا مرة واحدة ، حيث يتحتم على المدين دفع الدين ، الذي رفضت الدعوى نتيجة تقاعسه عن أدائه ، كاملاً <sup>(٣)</sup> ، خلال الأجل الممنوح له ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من

---

= بل إن العقد هنا يعتبر مفسوخاً ، بمجرد انتهاء ذلك الأجل دون وفاء بالالتزام ، حتى لو لم تصرح المحكمة في حكمها بذلك ( انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ ص ٨٥٩ . وانظر كذلك نقض ٢٣ مايو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠ ) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المشروع التمهيلي ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٩/٢/١٣ ملن ٣٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن منح المدين مهلة الوفاء بعبئه أو رفض طلبها وما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٨/٥/١٦ ملن ٣٤/٣٠٤ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٦٢ رقم ١٤٣ - نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ .

(٣) وليس يلزم أن يكون الدين الذي يمنح القاضي المدين الأجل لوفائه محمداً بكل عناصره في قضاؤه بمنح الأجل ، طالما أنه محدد أو حتى قابل للتحديد في حقيقة الدعوى وما يكلها من أوقاتها . انظر في ذلك : نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بأنه « متى كان أصل التمن وسر قائلته مبينين في عقد البيع ، وكان البائع حين أقام دعواه قصرها على طلب فسخ العقد . . . ومع ذلك فقد استسلت المحكمة ( محكمة الموضوع ) بدورها سقمها ... وأمهلت المشتري لوفاء بما بقي في ذمته عما هو محدد في عقد البيع فلم يقل ، فإن القانون لا يلزم المحكمة ( محكمة الموضوع ) بأكثر من ذلك ، ولا يسمح لها بإعطائه أكثر من مهلة واحدة . وعلى ذلك فلا محل لقضى على الحكم ، إذ قضى بالفسخ ، بأنه لم يتخذ الباقي في ذمة المشتري » . وانتهت المحكمة العليا إلى سلامة القضاء من محكمة الموضوع بفسخ عقد البيع لفترات المهلة الممنوحة للمشتري ، دون وفائه بيباق قوائمه الثمن المستحقة عليه .



من تلقاء نفسه بمجرد فوات هذا الأجل ، حتى ولو لم يتضمن الحكم النص على ذلك (١) .

ثانياً : والمظهر الثاني لسلطة القاضي التقديرية في مجال النسخ يتركز في أن للقاضي أن يرفض النسخ كلية ، برغم توافر كل شروطه التي بينها . ويكون له ذلك إذا كان مالم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزامات التي ولدها العقد عليه في جملتها ، كما إذا كان المشتري قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن ، بعد أن كان قد دفع أغلبه ، أو كان العاقد قد وفي بكل الالتزامات الأساسية التي يفرضها العقد عليه ، ولم يتعاس إلا عن الوفاء بالتزام ثانوي (٢) .

(١) راجع في ذلك ما سبق ذكره في هامش (٤) ص ٦٢٦ . ويلاحظ أن قانوننا القديم ، تمشياً مع حكم المادة ١٦٥٥ فرنسي ، تقسم في خصوص البيع نصاً بملء جواز منع المدين في مجال تجنبه النسخ ، نظرة الميسرة لا مرة واحدة ( المادة ٤١٤/٣٣٢ و ٤١٥ ) . وجاءت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى بحكم مماثل في خصوص بيع المقار ، قاضية بدورها بأنه إذا لم يدفع المشتري الثمن خلال الأجل الممنوح من القاضي ، وجب الحكم بفسخ البيع دون انتظار للمشتري إلى أجل آخر . . وقد حذف هذا النص اختياراً بأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٠ في الهامش ) . وبرغم أن المادة ٢/١٥٧ لم تصرح بقصر منع القاضي نظرة الميسرة للمدين حل مدة واحدة ، فإن التقضاء يسير في هذا الاتجاه في شأن البيع وغيره من العقود . ويؤيده في ذلك الفقه ( انظر : السهوري ، الوسيط ج ١ نيلة ٤٧٥ و ج ٤ نيلة ٤٠٩ - مجال الدين زكي ، المرجع السابق نيلة ٢١٦ - عبه المنعم الصده ، المرجع السابق نيلة ٣٧٤ ) .

ويلاحظ أن منع تكرار نظرة الميسرة مقصور على الحالة التي يرى فيها القاضي إعطائه للمدين ، بغية إتاحة الفرصة له في تجنب النسخ . فلا يوجد ثمة ما يمنع من إعطاء هذه النظرة للمدين في دعوى النسخ المرفوعة ضده ، حتى لو كان قد أحل من قبل مهلة قضائية الوفاء بالتزامه التي يؤسس النسخ تأسيساً على التقاعس عن أدائه . فنظرة الميسرة التي تعطى للمدين تمكيناً له من أداء التزامه إعمالاً لمادة ٢/٣٤٦ ، لا تحول دون منحه نظرة جديدة بغية تجنبه دعوى النسخ التي ترفع عليه فيما بعد تأسيساً على الإخلال بالتزامه نفسه إعمالاً لمادة ٢/١٥٧ . انظر : نقض فرنسي ١٩٢٩/١/٨ Gaz. Pal. ٤٩٧/١/١٩٢٩ . وانظر السهوري ، الوسيط ج ١ طبعه ثانية ص ٨٠١ هامش (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا يحول دون إعمال القاضي السلطة المخولة له في منح المدين أجل الوفاء بالتزامه ، حتى يتجنب النسخ ، أن يكون الدائن قد أخطر هذا الأخير بوجوب الوفاء ، والا رفع دعوى النسخ عليه .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٢/٤/١٠ ، مجموعة النقض ص ٣ من ٩١٠ رقم ٣٢ . وتكلم شخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم بأن شخصاً باع لآخر سيارة وسلمها له ، وظل المشتري ينتزع -



والسلطة التقديرية في الحكم بالفسخ أو برفضه برغم توافر شروطه ؛  
هذه السلطة تثبت لقاضي الموضوع ، بدون معقب عليه في مباشرتها لمحكمة  
التنقض <sup>(١)</sup> ، شريطة أن يقوم قضاؤه على أسباب سليمة تسوغه .

ويلاحظ أن المعول عليه هنا ، في إجراء التناسب بين ما وقي به المدين  
وما لم يوف به . هو التزاماته كلها التي يفرضها العقد عليه ، وليس فقط  
واحداً منها بعينه . فقد يتقاعس المدين تقاعساً كاملاً عن الوفاء بالتزام ثانوي  
من التزاماته ، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ ، إذا اتضح له وفاء  
ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها .

ولا يقدح في سلامة هذا النظر أن تكون المادة ١٥٧ / ٢ قد جاءت ،  
بصدد تحويل القاضي رخصة رفض الفسخ ، تقول : « إذا كان ما لم يوف به  
المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . فؤدى حرفية هذه العبارة  
أن يجرى التناسب بين شطري الالتزام الواحد ، ما نفذ منه وما لم ينفذ .  
ومع ذلك فالرأى الذي تخيرناه أولى بالاتباع إعمالاً لروح نظام الفسخ  
من وجه ، وقياساً على المدلول الحرفي لنص المادة ١٥٧ / ٢ من وجه آخر <sup>(٢)</sup> .

وتحديد ما إذا كان الشيء الذي لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى  
التزاماته في جملتها ، أو غير قليل ، مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع  
بتقديرها ، دون ما تعقيب عليه في ذلك من محكمة التنقض ؛ طالما جاء تقديره  
مستنداً إلى أسباب معتبرة تسوغه .

والسلطة التقديرية المخولة لقاضي الموضوع في صدد الفسخ ، والتي تقوم

---

بالسيارة زهاء ثلاث سنوات ونصف ، ثم رفع المشتري دعوى الفسخ تأسيساً على أن البائع أخل  
بالتزامه بنقل رخصة السيارة باسمه . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى الفسخ تأسيساً على  
سبين ، يتحصل أولها في أن عدم نقل رخصة السيارة باسم المشتري لم يكن نكولاً من البائع  
بالتزام جوهرى ، ويتحصل ثانيهما في أن البائع عرض نقل الرخصة للمشتري ، ولكن هذا  
الأخير لم يشأ أن يتعاون معه في إنجاز الإجراءات .

- (١) انظر : تنقض ١٩٦٦/١١/١٥ طعن ٣٢/١٦٣ ق مجموعة التنقض س ١٧ ص ١٦٨٨  
رقم ٢٣٩ - تنقض ١٩٦٥/٣/٢٥ طعن ٣٠/٣٦٣ ق مجموعة التنقض س ١٦ ص ٤١٣ رقم ٦٥ .  
(٢) انظر : تنقض ١٩٥٢/٤/١٠ ، مجموعة التنقض س ٣ ص ٩١٠ رقم ١٣٢ .



على إمكان إعطاء المدين أجلاً للوفاء بالالتزام أو رفض التسخ ، هذه السلطة ليست متعلقة بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على حرمان القاضى منها ، بشرط أن يظهر بوضوح ، ومن غير أدنى شك ، أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه .

### ٣٢٠ - ثانياً : التسخ القانونى أو الاتفاق :

إذا كان الأصل فى التسخ أنه لا يقع إلا بقضاء القاضى ، إلا أنه يجوز استثناء أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائى ، أى بقوة القانون . وبمجرد حصول الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا هو ما يطلق عليه « التسخ القانونى » ، اعتباراً بأنه يقع بقوة القانون ومن غير تدخل القضاء ، كما أنه كثيراً ما يطلق عليه أيضاً « التسخ الاتفاقى » ، اعتباراً بأنه يحصل نتيجة الاتفاق عليه . ونحن إلى التسمية الأولى أميل ، حتى لا يختلط التسخ الذى نحن بصدده بالتفاسخ أو الإقالة .

وقد عرضت المادة ١٥٨ للتسخ القانونى أو الاتفاقى قاضية بأنه : « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » .

فيلزم ، لوقوع التسخ القانونى أو الاتفاقى ، أن يشترطه العاقدان ، بمعنى أن يتفقا على انفساح العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى حكم القاضى ، وذلك بمجرد حصول الإخلال بالالتزام ، شريطة أن تنصرف إرادتهما إلى تحقيق هذا الأثر على نحو قاطع وبغير شك أو لبس أو غموض . وإذا كان ذلك ، فلا أهمية بعده لأن يرد الشرط فى عبارة أو فى أخرى . فآية عبارة تصلح لأن تقيم الشرط القاضى بوقوع فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ، طالما أنها تدل على حقيقة حكمه ومضمونه على نحو يبين يتأى عن الشك والغموض «<sup>(١)</sup> . بل إن الاتفاق على ذات الحكم

(١) انظر : نفس : ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام القضاء س ١٦ رقم ١٢٩

ص ٩٤٣ - نفس ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجموعة مرج ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ .



الذى من شأن هذا الشرط أن يرقبه يكفى لاعتبار أن العقد يتضمنه : ولو لم يذكر هو بذات الفاظه (١) .

وقد جرى العمل ، وعلى الأخص في أحكام القضاء ، وعلى رأسه محكمة النقض ، على أن يطلق على الشرط الذى نحن بصدد « الشرط الفاسخ الصريح » ، ليتقابل مع « الشرط الفاسخ الضمنى » ، الذى يشيع بدوره ذكره في أحكام المحاكم كأساس للفسخ القضائى ، وهو قول بات غير سديد كما سبق لنا أن رأينا .

واستظهار وجود الشرط الفاسخ الصريح مناط بقاضى الموضوع . من غير منعقب عليه في ذلك من محكمة النقض ، طالما يجيء قضاؤه مؤسسا على أسباب سائفة من شأنها أن تقيمه (٢) ، إذ أن الأمر يتعلق بالواقع . ويستبين من استقراء الأحكام أن القضاء يتشدد غاية التشدد في القول بوجود الشرط الفاسخ الصريح (٣) . وهو اتجاه منه سديد ، لما يتسم به هذا الشرط من

---

(١) انظر نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم : « لا يشترط القانون ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح . وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول مخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه ( في خصوصية الدعوى التى صدر فيها الحكم لم يرد في العقد الشرط الفاسخ الصريح بلفظه ، ولكن محكمة الموضوع استخلصت تواجده من اتفاق الطرفين في عقد بيع على التزام المشتري برد ما أخذه من الثمن بمجرد الإخلال بتسليم المبيع وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ، احتجاً بأن ذلك الأمر لا يترتب إلا على اعتبار العقد «فسوخاً» من تلقاء نفسه . وأقرت المحكمة العليا محكمة الموضوع على ما ذهبت إليه ) . وانظر أيضاً : نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ ملحق ٤١/٣٧٠ في مجموعة النقض من ٢٧ من ٥١٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه « وإذا كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح ، وكان الحكم المعلوم فيه قد استخلص هذا المعنى بقوله . . . وهو استخلاص موضوعى سائق تحمله عبارة العقد وتؤدى إليه ، فإنه لا سبيل لمحنة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير الذى لا مخالفة فيه للقانون » .

(٣) انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض من ١ من ٣٧٣ رقم ٩٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن النص في عقد البيع على أنه « في حالة تأخير سداد القسط الأول يحل البائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقا مكتسبا له - ذلك ليس إلا ترجيحاً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون في التصور الملزمة للجانبين » .



خطورة بالغة بالنسبة إلى أثره في إزالة العقد بقوة القانون وبمجرد الإخلال بالالتزام وفي رفع السلطة التقديرية عن قاضي الموضوع .

ويجب دوماً تفسير الشرط الفاسخ الصريح ، عند القول بوجوده والاعتداد به ، تفسيراً ضيقاً . لأنه يتمثل استثناء من الأصل العام ، الذي مؤداه خضوع الفسخ لسلطة قاضي الموضوع التقديرية . والاستثناء لا يتوسع في تفسيره . ومن هذا المنطلق ، فإن العقد لا يعتبر مفسوخاً بقوة القانون ، إلا إذا ظهر للقاضي على نحو يقيني قاطع أن المتعاقدين قد أرادا بالفعل منع سلطته التقديرية التي منحوله إياها القانون .

وإذا قام الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذي يتطلبه القانون ، فإنه

---

... وانظر تقض ١٩٥٠/١/١٢ ، مجموعة التقض س ١ ص ١٧٧ رقم ٥١ . وقد جاء في هذا الحكم أن الاتفاق على اعتبار عقد الصلح لاغياً إذا أخلت المشتري بشروط لا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، ولا يبدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين .

وانظر تقض ١٩٧٣/١/٩ طعن ٣٧/٤٩١ ق مجموعة التقض س ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٠ . « وقد جاء في هذا الحكم أن النص في عقد البيع على أنه « إذا لم يبلغ باقي الثمن في المدة المحددة يعتبر العقد لاغياً » يعتبر مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني ولا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، وأنه إذا كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد رأت ، في حدود سلطتها التقديرية ، ألا تقضي بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد ، لمساتية من أن الباقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون .

وانظر كذلك في نفس الاتجاه : تقض ١٩٦٧/٤/٢٠ مجموعة التقض س ١٨ ص ٨٥٩ رقم ١٣١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يلزم في الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له » . وخلص الحكم ، تطبيقاً للسبب السابق الذي قرره ، إلى أن « النص في عقد الصلح على أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء يقسط من أقساط الدين ، حلت باقي الأقساط فوراً دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ... فضلاً عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه في التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله ، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع أحد الأقساط ، وإنما كل ما يفيد هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط ... عند التأخر في دفع قسط منها . أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن في هذه الحالة فليس إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين » .



يلزم لإعماله ، ولاعتبار الفسخ بالتالى أنه قد وقع بقوة القانون ، إلى جانب الشروط العامة فى الفسخ والى سبق لنا بيانها (١) ، أن يثبت الإخلال بالالتزام على وجه رسمى ، أى أن يكون الدائن قد أعلن مدينه ، بعد حلول أجل دينه ، بوجوب الوفاء ، وبرغم ذلك فقد هذا الأخير عن الوفاء به ، من غير أن يكون له سند من القانون يحوله الامتناع عن هذا الوفاء (٢) . وهكذا فالاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد الإخلال بالالتزام لا يغنى عن الإعذار .

وهكذا فليس من شأن الشرط الفاسخ الصريح — عند وجوده والاعتداد به قانوناً — أن يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد أنه يحل أجل الالتزام ويتقاعس المدين عن الوفاء به ، بل يلزم أن يكون المدين قد أعلن من الدائن بوجوب هذا الوفاء ، واستمر تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد أذاره بوقت معقول ، يخضع تقديره لقاضى الموضوع (٣) .

بيد أن الإعذار ليس لازماً دائماً هنا . إذ أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا حتى على الإعفاء منه . فإن فعلاً . اعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ، أى من تلقاء نفسه ، ودون حاجة إلى أن يصدر به حكم من القضاء ، وذلك بمجرد ثبوت عدم الوفاء بالالتزام فى ميعاده ، ومن غير ضرورة إلى سبق إعذار المدين بوجوب الوفاء بالترامه . على أنه يلزم هنا ، وفقاً لما جاء فى المادة ١٥٨ ، أن يكون الاتفاق الذى يقضى بالإعفاء من الإعذار صريحاً قاطعاً فى الدلالة على مقصوده ، بغير شك أو محوض . فلا يكتفى أن يستخلص هذا الاتفاق دلالة من الظروف . وإذا قام شك فى تفسير الشرط الذى يستهدفه ، وجب

(١) راجع ما سبق ، لبقة ٣١٦ .

(٢) انظر تقض مصرى ١٩٦٧/١ ، مجموعة التقض ص ١٨ ص ١٤٣ السابقة الإشارة إليه . وقد رفض هذا الحكم إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى عقد بيع ، تأسيساً على أن المشتري ، وإن لم يفض قسط الثمن فى ميعاده ، إلا أنه كان يحق له ذلك إعمالاً للحق فى الحبس .

(٣) حل أن الأذار لا يكون ضرورياً هنا فى الحالات التى يقضى فيها القانون بعدم لزومه لثبوت التقصير . حل المدين بوجه عام ( تراجع المادة ٢٢٠ ) ، كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو صرح المدين كتابة أنه لا يبريه القيام بالترامه .



تفسير هذا الشك على النحو الذى يقضى بعدم حصول الاتفاق على الإعفاء من الإضرار .

وإذا كان من شأن الشرط الفاسخ الصريح — عند إعماله والاعتداد به — أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ومن غير حاجة إلى حكم القاضى وذلك عند إخلال المدين بالتزامه بعد إذاره — بل ومن غير حاجة إلى هذا الإضرار عند الاتفاق على الإعفاء منه — ، فإن هذا لا يعنى ، بطبيعة الحال ، أن ترتفع رقابة القضاء بالكلية . فالشرط الأسامى لوقوع الفسخ ، هنا أيضاً ، هو حصول إخلال المدين بالتزام بعد إذاره . والقضاء هو السلطة الوحيدة التى تقدر ما إذا كان هذا الإخلال قد وقع أم لا ، بعد أن يكون قد تحقق أولاً من تواجد الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون <sup>(١)</sup> . وعلى ذلك ، فإن ثار خلاف حول ما إذا كان المدين قد أحل بالتزامه بعد إذاره أم أنه لم يفعل ، وجب رفع الأمر للقاضى . وليس للقاضى هنا إلا سلطة التثبت من وجود الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون ، ومن حصول إخلال المدين بالتزامه بعد إذاره . فإذا تحقق له هذا الأمر وذاك ، تعين عليه وجوباً أن يقضى باعتبار العقد مفسوخاً <sup>(٢)</sup> ، وذلك من تاريخ حصول الإخلال بالتزام <sup>(٣)</sup> ، ولو

(١) انظر نقض ١١/٢٦/١٩٧٠ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٨١ رقم ١٩٣ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند الإخلال<sup>١</sup> بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شرط الفسخ طالاتفاق ووجوب إعماله ، ذلك لأن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، فلا يبق الدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى . . . » .

(٢) انظر : نقض ١٨/١٠/١٩٦٦ طعن ٣٢/٣٧ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٢٦ رقم ٢١٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا اتفق الطرفان فى عقد البيع على أن الفسخ يقع فى حالة تأخر المشتري عن دفع الثمن والتمديد المقتضى عليه يكون حاجة إلى تنبيه رسمى أو إنذار ، فإن هذا =



كان هذا الإخلال جزئياً<sup>(١)</sup>. ففي الحالة التي نحن بصددنا ، لا يفعل القاضى أكثر من تقدير أمر واقع ، حدث من قبل . فهو هنا يقرر أن الفسخ قد وقع ، دون أن ينشأ . وفي هذا يتخالف دور القاضى مع دوره في خصوص الفسخ القضائى ، حيث إنه ، بالنسبة إلى هذا النوع الأخير من الفسخ ، ينشئ القاضى ، بالحكم الذى يصدره ، الفسخ ، ومن تاريخ صدوره حكمه<sup>(٢)</sup>.

وغنى عن البيان أن إفادة الدائن من الشرط الفاسخ الصريح ، عند وجوده ، لا يعلو أن يكون مجرد أمر يترخص له بمقتضى القانون . فلا يوجد

= الشرط الفاسخ الصريح حل ما جرى به قضاء محكمة النقض - يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد ، بحيث لا يبقى لاحتيار القصد مفعولاً إلا أن تتحقق فضلاً من المخالفة التي يترتب عليها الفسخ . فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . وذلك على خلاف ما إذا كان العقد لا يتضمن إلا شرطاً فاسخاً صريحاً . فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتماً ، وبالتالي فإن الفسخ بموجبه لا يقع تلقائياً ؛ انظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٤٠/١٢ ، مجموعة عمر من ١ ص ٤٠ رقم ١٩٢ . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/١/١١ طعن ٥٧٩/٥٤٣ ق مجموعة النقض من ٢٨ ص ٢١٧ رقم ٤٩ .

(٢) فإعمال الشرط الفاسخ الصريح ، إن أدى إلى فسخ العقد بقوة القانون ، فهو يؤدي إلى ذلك من ذات الوقت الذى يحدث فيه الإخلال بالالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم على وجه الخصوص في العقود المستمرة ، اعتباراً بأن الفسخ فيها لا يكون بأثر رجعي ، فهو يكون بالنسبة إلى المستقبل فقط . وهكذا فانفساخ الإيجار ، مثلاً ، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح ، كفسخه بحكم القاضى ، لا يؤدي إلى انحلاله إلا بالنسبة للمستقبل . وعلى ذلك فلا يستحق المؤجر في مقابل منفعة العين المؤجرة يتصل في الأجرة المتفق عليها عن المدة السابقة لإعمال الشرط الفاسخ ، ولكنه يتحمل بالقيمة السوقية المنفعة عن المدة اللاحقة لذلك ، تأسيساً على الإثراء بدون سبب . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٧/١/١١ السابقة الإشارة إليه .

(١) حل أنه إذا كان الإخلال الجزئى بالالتزام بالغ في بساطته ، بحيث يمثل التمسك بفسخ العقد نتيجة له تتنافى مع شرف التعامل وحسن نية أو إساءة لاستعمال الحق ، فإن العقد لا يفسخ ، إعمالاً لقاعدة ١٤٨ والمادة ٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٩/٧/٢ طعن ٣٥/٣٦٦ ق مجموعة النقض من ٢٠ ص ١١١٨ رقم ١٧٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً للحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني ، لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد ، فإن هذا القضاء يكون منشأً لفسخ لا مقرر له » .



بالتالى ثمة ما يمنع الدائن من أن ينزل عن الإفادة من ذلك الشرط ، وتمسك نتيجة ذلك باعتبار العقد قائماً لم ينحل<sup>(١)</sup>. والنزول عن الإفادة من الشرط الفاسخ كما يحصل صريحاً ، يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، كما إذا استوفى الدائن حقه ولو جزئياً بعد سبق حصول الاختلال به من المدين . ثم إن الدائن الذى يحصل الإخلال بالالتزام اضراً به هو وحده الذى يحق له التمسك بإعمال الشرط الفاسخ ، واعتبار العقد بالتالى مفسوخاً بقوة القانون . فليس للمدين أن يتمسك به . وليس للقاضى أن يعمل من تلقاء نفسه .

### ٣٢١- النزول عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح :

رأينا ، فيما سبق ، أن الفسخ القانونى أو الاتفاقى ، كما يظن أن يسمى ، والذى مؤداه أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم القاضى ، بمجرد الإخلال بالالتزام بعد الإعذار ، رأينا أن هذا النوع من الفسخ لا يقع إلا عند الاتفاق عليه على نحو يقينى قاطع ، وهو الاتفاق الذى جرت العادة على تسميته بالشرط الفاسخ الصريح . كما أننا رأينا أن الشرط الفاسخ الصريح لا يتجاوز فى أثره أن يمنع الدائن مجرد رخصة فى أن يتمسك بإعذار العقد إذا ما أراه ، دون أن يسلبه حقه الأصيل فى التمسك بالعقد ، إذا رآه لنفسه أفضل .

والشرط الفاسخ الصريح وما يرتبه من اعتبار الفسخ حاصلًا بقوة القانون ، بمجرد الإخلال من المدين بالتزامه ، باعتبار أنه ينحل الدائن الرخصة فى إعذار العقد ، يمكن له أن يرد النزول عنه ممن يقرر له القانون الإفادة منه . وهكذا فالنزول من الدائن عن الشرط الفاسخ الصريح الذى يتضمنه عقده . يحرمه من الإفادة من أثره ، وسواء فى ذلك أن يأتى هذا النزول صراحة ، أم يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، ومع ملاحظة أن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

(١) راجع فى ذلك : عبد الحى حجازى ، على خيار الدائن بين التخليد والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ص ١ - وانظر أيضاً : السهورى ، الوسيط ج ١ نيلة ٤٨٣ ..



ولا صعوبة في النزول عن الإفادة من الشرط الفاسخ الصريح ، إذا جاء هذا النزول بدوره صريحاً . ولكن الصعوبة قد تنور في شأن النزول الضمني عن ذاك الشرط ، بالنسبة إلى استخلاص تواجده من علمه . وهى من بعد صعوبة تتعلق بالواقع ، والأمر فيها مناط بقاضى الموضوع ، دون ما تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض ، طالما يجيء قضاؤه مبنياً على أسباب معتبرة تسوغه . وكل ما يفرضه القانون على قاضى الموضوع في هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول عن الشرط ، إلا إذا ثبت له تواجده على نحو يقينى قاطع ، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده . وما ذلك إلا إعمالاً للقاعدة الأساسية التى تقضى بأن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما من شأنه أن يؤدى إليه .

وثمة أمر أول لا صعوبة فيه بالنسبة إلى النزول الضمنى عن الشرط الفاسخ الصريح ، وقد وصل القضاء إليه في سهولة ويسر . ومؤدى هذا الأمر أن مطالبة الدائن مدينة بالوفاء بالتزامه ، بل وإعذاره بوجوب هذا الوفاء ، لا يعتبر مجرد ذاته نزولاً عن الشرط الفاسخ الصريح ، حتى لو خلت المطالبة من ذكر الدائن أنه ينوى التمسك بالشرط عند عدم الاستجابة إليها . ذلك لأن مطالبة الدائن مدينة بالوفاء عند حلول الأجل ، بل ضرورة مجبئها في شكل الإعذار ، تتمثل بذاتها أمرألاً لازماً لإعمال الشرط الفاسخ ، لا يقع بدونها<sup>(١)</sup> . وأكثر مما سبق ، ذهبت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أن رفع الدعوى بالالتزام لا يعتبر بذاته نزولاً عن التمسك بالشرط الفاسخ نتيجة الإخلال به هو نفسه<sup>(٢)</sup> . وهو قول محل للنظر ، ويصعب تبريره في الحقيقة<sup>(٣)</sup> . وذهبت

(١) انظر في هذا الاتجاه : السجورى الوسيط ج ١ ب ٤٨٣ . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجوعة عسرج ٥ رقم ٦٥٣ ص ٦٨٨ - استئناف القاهرة ١٢/٢/ / ١٩٢٨ ، المجوعة الرسمية ص ٢٩ رقم ١٢٦-١ .

(٢) انظر نقض ١٩٤٥/١/١٨ ، صادر في الطعن رقم ١٤/٥٢ ق ، القواعد القانونية لمحكمة النقض في ٣٥ س ٢ ص ٧٥٣ ب ١٣٠ . وقد جاء في هذا الحكم ما يلي : « إذا كان المقدم مفروضاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فليجوز احتساب المقدم مفوضاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء وله الحق في تسلمه البين المتوجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة » فهذا شرط فاسخ صريح يسلب



محكمة العليا إلى أن المطالبة القضائية بالأجرة عن مدة معلومة لا يتمثل تنازلاً ضمناً عن الشرط الفاسخ الصريح في صدد عدم الوفاء بالأجرة عن مدة أخرى (١). وهو قضاء سليم نرى الأخذ به ، ما لم تتكرر المطالبة القضائية بالأجرة مرات كثيرة على نحو يمكن للقاضي أن يستخلص منه قصد المؤجر في التنازل عن الشرط . وما قلناه في شأن المطالبة بالأجرة في عقد الإيجار يمكن أن يؤخذ به في العقود الأخرى إذا ما تماثلت الظروف ، وعلى الأخص

= القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، ولا يبق له ، لاعتبار الفسخ حاصلًا ، إلا أن يحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . . . وأقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنها قصد بها التنازل عنه ، وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تمارس بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخير في دفعها . . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٧/١/١١ مجموعة النقض ص ٢٨ من ٢١٧ رقم ٤٩ . وقد قضى هذا الحكم بأن استصدار المؤجر أمر أداه بالأجرة ضد المستأجر عن الفترة اللاحقة لاعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بتحقيق الشرط الفاسخ الصريح لا يفيد التنازل عن الفسخ .

(٣) وقضاء النقض المشار إليه في الماض السابغ سليم تماماً من حيث إرساء الأساس الذي يقوم عليه الزول الضمني عن الشرط الفاسخ ، ومؤداه أن التنازل الضمني لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها أن يكون . ولكن تطبيق هذا الأساس في خصوصية الدعوى التي صدر فيها الحكم جاء غير سليم . ذلك لأن رفع الدعوى بالالتزام يقتضي بالضرورة التسليم من راضها بقيمة العقد ، حتى يمكن له أن يترتب الالتزام الذي رفضت الدعوى به . وهذا يمثل رفع الدعوى تنازلاً ضمناً عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح بالنسبة إلى ذات الالتزام . الذي ترفع الدعوى بالمطالبة به . فيخلف ما جاء في حكم النقض ، يوجد تمارس واضح بين التمسك بحصول الفسخ بقوة القانون وبين المطالبة القضائية بالالتزام الذي يراد لفسخه أن يقع نتيجة الإخلال به .

(١) انظر نقض ٣ مارس ١٩٧٣ مجموعة النقض ص ٢١ قاعدة رقم ٦٣ ص ٣٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « إذا كان مؤدى ما أوردته الحكم المطعون فيه هو أن عدم تملك المؤجرة بإجبار العقد مفسوخاً طبقاً للشرط الفاسخ نصريح في ستة مئة لا يمنع من التمسك به في ستة ثمانية ، وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة . . . ليس من شأنه أن يصد تنازلاً من جانبها عن التمسك بالشرط السالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر في السداد بعد ذلك ، فإن هذا الحكم به . استخلاصاً سائفاً يؤدي إلى ما انتهى إليه ، ويكون التي عليه بالفساد فيه الاستتال في هذا الخصوص على غير الجلس . »



في صدد عقد البيع عند المطالبة القضائية ببعض أقسامه ، حيث لا تعتبر هذه المطالبة ، على سبيل اللزوم والحتم ، تنازلاً ضمناً عن الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأقسام الأخرى .

### ٣٢٢- أثر الفسخ :

حددنا فيما سبق ، مجال الفسخ ، وبيننا شروطه ، وأبرزنا كيفية حصوله . والقرض الآن أن فسخ العقد قد وقع بالفعل ، إما بحكم القاضي ، كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون ، نتيجة الاتفاق بين طرفي العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، وبغير حاجة إلى حكم القاضي ، بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . والمطلوب الآن هو بيان أثر الفسخ عند حصوله .

ويتركز أثر الفسخ في انحلال العقد ، أى في زواله . والأصل أن العقد هنا يزول ، لا للمستقبل فحسب ، بل للماضي أيضاً . وهكذا يعتبر العقد الذي يقرر فسخه كأن لم يكن أبداً . على أن هذا الأصل ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه الاستثناء في خصوص العقود الزمنية أو المستمرة ، وفي خصوص ما تقتضيه الحماية التي يضيفها القانون على الغير حسن النية ، على نحو ما سوف نعرض له بعد قليل .

فلفسخ ، كأصل عام ، أثر رجعي يترد إلى تاريخ إبرام العقد . وهو في هذا يتشابه مع الإبطال ، وإن كان الشبه ليس تاماً . حيث إن الفسخ ، بخلاف الإبطال ، لا يكون له أثر رجعي في العقود المستمرة ، على نحو ما ما سوف نذكره بعد قليل <sup>(١)</sup> .

وإذا كان مؤدى الفسخ انحلال العقد بأثر رجعي واعتبار أنه لم يتم أصلاً ، وجب إعادة العاقدین إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . فإذا لم يكن ذلك متيسراً ، وجب الحكم بأداء معادل . وفي ذلك تقضى المادة ١٦٠ بأنه : « إذا فسخ العقد » أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » .

فإذا فسخ البيع ، مثلاً ، وكان المشتري قد تسلم المبيع ، والبائع قد استوفى جزءاً من الثمن ، وجب على المشتري رد المبيع ، كما لزمت البائع



رد ما أخذه من الثمن <sup>(١)</sup> . فإذا تعذر على أحد العاقلين بفعله رد ما سبق له أن استوفاه من غريمه ، كما إذا كان المشتري قد تصرف في المبيع أو استهلكه ، ساغ للقاضي أن يحكم عليه بأداء معادل لما تصرف فيه أو استهلكه .

### ٣٢٣ - أثر الفسخ في العقود المستمرة :

إذا كان الأصل في الفسخ أنه يزيل العقد بأثر رجعي ، شأنه في ذلك شأن البطلان ، إلا أنه يرد عليه ، في هذا المجال ، استثناء هام بالنسبة إلى العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها في بعض الأحيان ، وهي تلك التي من شأنها أن تستمر فترة من الزمن في إنتاج التزامات متجددة ، كمعقد الإيجار <sup>(٢)</sup> وعقد العمل وعقد التوريد وعقد الشركة <sup>(٣)</sup> . ففي هذا النوع من العقود ، لا يكون للفسخ أثر إلا بالنسبة للمستقبل ، ولا يمس ما

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ ، طعن ٤٥٨ / ٤٠ ق مجموعة النقض ص ٢٧ ص ١٤٦٧ رقم ٢٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مفاد نص المادة ١٦٠ من أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لم يكن ، ويبدأ كل شيء إلى ما كان عليه من قبل . وبالتالي فإنه يترتب على الفسخ بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع ، وأن يرد هذا الأخير ما قبضه من الثمن » .

وانظر نقض ١٩٧٤/١٢/٣ طعن ٣٩/٢٠٥ ق مجموعة النقض ص ٢٥ ص ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن فسخ البيع بعد انحلال البائع بتسليم البضاعة يترتب عليه التزامه برد ما قبضه من الثمن ، دون أن يقتطع منه ما انفقه لاحداد البضاعة للتصدير .

(٢) وهكذا فسخ الإيجار ، مثلاً ، لا يزيله إلا المستقبل . أما بالنسبة إلى ما تم من آثاره في الماضي ، فهي لا تمس . فالأجرة التي استحقها المؤجر عن المدة السابقة ، تبقى له . وهي تبقى له على أساس أنها أجرة ، لا على أساس أنها تمويض . ويترتب ذلك أنها تبقى مضمونة باحتياز مؤجر العقار .

(٣) انظر في خصوص فسخ عقد الشركة : نقض ١٩٦٩/٦/١٢ طعن ٢٨٧ / ٣٥ ق مجموعة النقض ص ٢٠ ص ٩٢٩ رقم ١٤٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة ، فإن هذا الفسخ خلافاً لقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي ، إنما تنحل الشركة بالنسبة إلى المستقبل . أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني ، والتي توجب إعادة المتعاقبين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة فسخه ، بما يقتضي أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذاً للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أمورها وقسمتها بالطريقة الميعة في العقد . » .



ثم من آثاره في الماضي (١) . ويطلق على فسخ العقد هنا اصطلاح « إلغاء » العقد « réalisation » ، تمييزاً له عن الفسخ العادي ، أي ذلك الذي يزيل العقد للماضي والمستقبل على حد سواء (٢) و (٣) .

### ٣٩٤ - جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ :

رأينا أن الفسخ يمثل جراً قوياً على إخلال العاقد بالتزامه . يجعل القانون زمامه بيد العاقد الآخر الذي يحصل الإخلال بالالتزام إضراراً به ، وإن كان ذلك تحت هيمنة القاضي وتقديره ، في الحدود التي رسمتها .

ومن شأن الفسخ ، كما رأينا ، أن يعتبر العقد كأن لم يكن في العقود الفورية ، وأنه ينهي العقد للمستقبل بالنسبة للعقود المستمرة . فإن كان في إنتاج الفسخ أثره هذا ما يكفي العاقد الذي حصل الإخلال بحقه ، فنع به . فإن لم يكن فيه ما يكفي ، بأن لم يرفع عنه كل الضرر الذي لحقه من جراء الإخلال بحقه ، كان له ، إلى جانب الفسخ ، أن يطلب من القاضي الحكم له .

(١) انظر نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٤٩١ رقم ٩٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن العقود المستمرة كالإيجار لا يكون لفسخها أثر رجعي . فهي تعتبر مفسوخة من وقت الحكم النهائي بالفسخ ، لا قبله .

(٢) وقصر أثر الفسخ في العقود المستمرة على المستقبل دون الماضي له ما يبرره . فلزم ، في صدد هذا النوع من العقود ، أهمية في تحديد مدى ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها . فإذا استمر العقد فترة من الزمن ثم قضي بفسخه ، فإن ذلك لا يمنع من أن العقد أنتج بالفعل آثاراً في الماضي تتمثل بإزالتها ، ويكون من المصلحة الإبقاء عليها . وإذا كان الفسخ هنا يختلف عن الإبطال ، فلهذا الاختلاف ما يبرره . إذ الإبطال يقوم على خلل وقع في ذات تكوين العقد ، ومواد أن العقد لم يبرم أصلاً . أما الفسخ فوفاً أن العقد قام صحيحاً وأنتج بالفعل آثاره . فإن تقرر بعد ذلك فسخه كجزء للإخلال بالالتزامات الناشئة عنه ، فن المقذور عليه أن يقصر أثره على البعض من مدة سريانه ، دون البعض الآخر .

(٣) ويلاحظ أن حكم سريان أثر الفسخ في العقود المستمرة على الماضي يتخذ بالحكمة التي أدت إليه والتي أشرنا إليها في الماخذ السابق ، وهي تمتر إزالة ما تم من أثر العقد في الماضي . أما إذا أمكن إزالة أثر للعقد المستمر ، فإن القاعدة العامة في رجعية أثر الفسخ تطبق . وقد أغلقت محكمة النقض هذه الفكرة في فسخ إيجار حين اعتقدت مكاناً لمباشرة التجارة ، ثم باع لمستأجر أهل التجارى بالجلك ، وبعد ذلك قضى بالفسخ ، فلم تجل لهذا البيع أثراً في مواجهة المؤجر . (نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٤٩٢ وقد سبق الإشارة إليه) .



بتعويض يتناسب في مقداره مع الضرر الذي انتابه . وهكذا فالفسخ لا يجزىء عن التعويض عند لزومه . وفي ذلك تقضى المادة ١/١٥٧ بأنه عند إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام الذى يولده عليه العقد ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطالبه « بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى » .

### ٣٢٥- التخالف مع الأحكام العامة في الفسخ :

بينما فيما سبق القواعد التى تحكم نظام الفسخ بالنسبة إلى مجال إعماله وأساسه وشروطه وكيفية إيقاعه بحكم القاضى ، أى بمقتضى ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الضمنى » أو نتيجة الاتفاق على وقوعه بقوة القانون ، أى بمقتضى ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الصريح » . وكل ما قلناه في خصوص ما سبق يمثل الأصل العام في الفسخ أو القواعد العامة التى تحكمه . وليس يوجد بطبيعة الحال نمة ما يمنع من مخالفة ذلك الأصل العام بنص خاص يتضمنه القانون في شأن أمر معين . فإن وجد مثل هذا النص ، تعين إعمال حكمه ، مع ملاحظة عدم التوسع في تفسيره ، اعتباراً بأنه يتخالف مع الأصل العام .

ومن أهم صور التخالف التشريعى للقواعد العامة في الفسخ ما يتعلق بإعمال الشرط الفاسخ الصريح في نطاق إيجار الأماكن ، وبوقوع الفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى اشتراطه في بيع المروض . وتتناول هاتين الصورتين بشيء من الإيضاح ، وذلك فيما يلى :

### ٣٢٦- مدى إعمال الشرط الفاسخ الصريح في إيجار الأماكن :

اختلف الفكر القانونى فقها وقضاء حول إعمال الشرط الفاسخ الصريح في عقود إيجار الأماكن ، إذا ما تضمنته بنودها . ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى ما جاء به التشريع الإيجارى الخاص من تحديد للحالات التى يجيز فيها القانون للمؤجر إخلاء العين المؤجرة من مستأجرها ، دون أن يكون من بينها إعمال الشرط الذى نحن بصدده . وثار التساؤل حاداً حقيقاً حول ما إذا كانت



أسباب الإخلاء التي أوردتها النص مذكورة فيه على سبيل الحصر ، فلا يعمل من ثم بالشرط الفاسخ الصريح ، برغم تضمن العقد إياه ، اعتباراً بأن من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء الإيجار ، وبالتالي إلى إخلاء المستأجر من العين ، بل إلى طرده منها ، أم أن أسباب الإخلاء ليست واردة في النص على سبيل الحصر ، أو هي ، على الأقل ، لا تتعلق إلا بالامتداد القانوني للإيجار ، بمعنى أنها تتمثل مجرد قيود على حصول هذا الامتداد ، فلا تمس الأسباب التي تقضي بها القواعد القانونية العامة لإنهاء الإيجار غير ما تعلق منها بانقضائه بقوات مدته ، ومن بينها إعمال الشرط الفاسخ الصريح .

ولا يتسع المقام هنا للخوض في المسألة السابقة ، فحلها المؤلفات التي تناول أحكام إيجار الأماكن <sup>(١)</sup> . وكفيئنا هنا أن نبرز ما جاءت به المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أنه : « ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير في سداد الأجرة إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر » . وقد كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن يتضمن نفس الحكم في المادة ٣١ منه الملغاة .

ومؤدى النص السابق أن الشرط الفاسخ الصريح الذي تتضمنه عقود إيجار الأماكن ، في خصوص التقاعس عن أداء الأجرة ، لا يقع باطلاً ، بل إنه يمتنع إعماله ، ويجوز للقضاء المستعجل أن يحكم بطرد المستأجر من العين تنفيذاً له . كل ما هنالك هو أن إعمال هذا الشرط لا يكون هنا منطلقاً كما هو الشأن وفقاً للقواعد العامة ، وإنما يقيد بإلغاء أثره إذا ما حكم القاضي

---

(١) راجع في هذا الموضوع : سليمان مرقس ، إيجار الأماكن طبعة ١٩٨٢ نيلة ١٧٣ - وانظر من أحكام النقض : نقض ١٩٨٠/٣/٥ ، طعن ٥٦٥ / ٤٩ ق مجلة القضاء عدد يناير ابريل ١٩٨١ ص ٢٨٠ - نقض ١٩٧٩/٦/٣٠ طعن ٧٠٢ / ٤٦ ق مجموعة النقض ص ٣٠ - ص ٢٩٧ رقم ٣٣٥ .



المستعجل بطرد المستأجر إعمالاً له ، ثم جاء المستأجر ، عند تنفيذ هذا الحكم ، في مواجهته ، وسدد ما عليه من الأجرة والمصروفات والأتعاب . بل إن تقييد أعمال الشرط الفاسخ في الحدود التي بينها لا يقسم بالدوام . إذ أنه يرتفع ، ويتعين على القاضى إعمال أثر الشرط . إذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بالأجرة دون مبررات تقدرها المحكمة ( المادة ١٨ / ٤ من القانون رقم ١٣٦ / ١٩٨١ ) .

والنص السابق أبعد ما يكون عن حسن صناعة التشريع ومقتضيات . فنه . فهو لا يعرض إلا لحالة تنفيذ حكم الطرد من القضاء المستعجل ، دون حالة إعمال الشرط الفاسخ الصريح والحكم بالإخلاء على أساسه من قاضى الموضوع . ثم إنه لا يعرض إلا للشرط السابق عند إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة ، دون أن يعرض لأثره عندما يتمثل جزاء على إخلال المستأجر بغير ذلك من التزاماته ، كالتزامه بعدم التأجير من الباطن وبعدم التنازل عن الإيجار ، والتزامه بعدم إجراء تغيير في العين المؤجرة ، والتزامه بإجراء الترميمات التأجيرية . ومن شأن هذا النص أن يثير الجدل حول مسائل عديدة ، اجتزأنا هنا بسردها بعضها ، دون أن يتسع لنا المقام للخوض فيها .

### ٣٧٧- وقوع الفسخ بقوة القانون في بيع العروض :

الأصل العام أن عقد البيع يخضع للقواعد العامة في الفسخ ، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة العقود . بيد أن المشرع خص حالة معينة من حالات البيوع بحكم متميز . وهذه هي حالة بيع العروض وغيرها من المقولات ، عندما يتفق فيه على دفع الثمن وتسلم المبيع في تاريخ تال لإبرامه . ففي هذه الحالة ، إذا تقاعس المشتري عن دفع الثمن في ميعاده المضروب ، يترخص للبائع أن يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون <sup>(١)</sup> ، بمجرد حصول هذا التقاعس ، ومن غير حاجة إلى سبق ائذار المشتري بدفع الثمن ، ومن غير حاجة أيضاً إلى سبق الاتفاق بين طرفي العقد على وقوع هذا النوع من الفسخ ، أى من

---

(١) واعتبار البيع هنا مفسوخاً بقوة القانون مجرد رخصة للبائع ، فلماذا الأخير الحق في أن يعتبر البيع مفسوخاً إذا أراد ، ولكنه لا يجبر عليه .



غير حاجة إلى ما يطلق عليه الشرط الفاسخ الصريح . وفي ذلك تقضى المادة ٤٦١ بأنه : « في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى اعتذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غير » .

ففي الحالة التي نحن بصدددها ، يقع التخالف مع القواعد العامة في الفسخ في ناحيتين أساسيتين . فمن ناحية أولى ، يقع الفسخ بقوة القانون من غير حاجة إلى سبق الاتفاق على وقوعه على هذا النحو ، أى من غير حاجة إلى الشرط الفاسخ الصريح . ومن ناحية ثانية ، يقع الفسخ القانوني بمجرد عدم دفع المشتري الثمن في الميعاد المحدد ، من غير حاجة إلى سبق اعتذاره بوجوب دفعه ، ولو لم يكن قد اتفق على الإعفاء من الإعتذار .

ولإعمال حكم المادة ٤٦١ ، يلزم توافر شروط معينه . وإذا لم يكن هنا مجال تفصيل تلك الشروط ، حيث إن عمله المؤلفات التي تعالج أحكام عقد البيع (١) ، فإننا نجتزئ بإجمالها . وهي تتركز في كون المبيع من العروض أى من السلع وغيرها من المنقولات المشابهة . وفي وجوب أن يكون البيع متضمناً للاتفاق على ارجاء دفع الثمن وتسلم المبيع إلى تاريخ تال لإبرامه . وأن يتقاعس المشتري عن دفع الثمن عند حلول أجله .

### ٣٢٨ - حماية الغير حسن النية من نتائج الفسخ :

عرفنا مما سبق أنه يترتب على الفسخ ، سواء أوقع بحكم التقاضى ، أم بقوة القانون إعمالاً لاتفاق بين العاقلين يقضى بذلك ، اعتبار العقد كأن لم يتم أصلاً ، وبالتالي وجوب إرجاع العاقلين إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرامه . ولا جدال أن هذا الأثر ينقسم بخطورة بالغة . فلإزالة ما تنفذ بالفعل من آثار عقد ليس أمراً سهلاً في الكثير من الحالات .

(١) راجع في تفصيل نسخ بيع العروض وغيرها من المنقولات إعمالاً للمادة ٤٦١ : السجورى ، الوسيط ج ٤ نبذة ٤١٦ - مؤلفنا ، محاضرات في العقود ج ٢ عقد البيع نبذة ٢٨٤ .



وترداد هذه الخطورة حدة ، إذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى الغير . ويحصل ذلك على وجه الخصوص ، إذا كان العقد ناقلاً للملك ، ثم جاء المتصرف إليه فتصرف بدوره في الشيء إلى شخص ثالث ، وبعد ذلك فسخ العقد . والمثال القذ لهذه الحالة هو عقد البيع الذي يقرر فسخه بعد أن يكون المشتري قد تصرف بدوره في المبيع ، كما إذا كان قد باعه إلى مشتري ثان ، أو رهنه . فإذا قضى بفسخ البيع ، في هذه الحالة ، وأعلننا أثر الفسخ على إطلاقه ، لوجب أن نرجع المبيع إلى البائع الأصلي ، واعتبار البيع الثاني أو الرهن ، واقعين من شخص لم يملك المبيع في يوم من الأيام ، أي . يعتبر التصرف صادراً من الغير ، فلا يسرى في حق المالك الأصلي ما لم يقره . وهكذا نرى أن أثر الفسخ لا يقف بالضرورة عند العاقلين نفسيهما ، بل هو قد يتجاوزهما إلى الغير .

وإذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى غير العاقلين ممن يكونون قد تعاملوا معهم بصدد الشيء المعقود عليه ، فهناك من هؤلاء الغير من يكون جديراً بالحماية والرعاية . وهؤلاء هم الغير حسنو النية . ونقصد بهم أولئك الذين تعاملوا بصدد المعقود عليه ، وهم غير عالمين بما يهدد عقد صلفهم من أسباب الزوال والاضلال ، ومن بينها الفسخ ، وما كان في مقلوبهم أن يعلموا بها ، ببذل الجهد المعقول .

والتقانون ، بالفعل ، لا يترك هؤلاء الغير حسني النية ، بلون حماية . فهو يقيم من أثر الفسخ ، الذي قد يكون بالغ القسوة بالنسبة إليهم . وهو إذ يحجبهم هذا الأمر ، يضحى في سبيل ذلك ، بمصلحة طالب الفسخ ، بل . ويمتنع نظام الفسخ نفسه . ولكنه يعتمد إلى ذلك ، تحقيقاً لغاية أسمى وأهم ، لا تقتصر على الغير حسني النية وحدهم ، بل تتجاوزهم إلى حماية الصالح العام كله ، بالعمل على صيانة الثقة المشروعة ، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات وازدهارها .

وحماية الغير حسني النية من أثر الفسخ مكفولة . في حدود معينة ، سواء-



أورد العقد على المتقول أو على العقار (١) . ولكن الأساس القانوني لتلك الحماية ومداها يختلفان باختلافهما . وقد سبق لنا أن عرضنا لمبدأ حماية الغير - حسنى النية من أثر إبطال العقد . والحكم بصدد الفسخ لا يتغير . ومن ثم تجزئ هنا بالأحالة على ما قلناه بصدد إبطال العقد (٢) .

### نظرية الفسخ في الفقه الإسلامى .

٣٨٩ - اصطلاح « الفسخ » كثير الشيوخ في لغة الفقه الإسلامى . ومع ذلك ، فهو لا يعرف نظام الفسخ ، على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، أى باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد العاقدين ، على إخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، ويقوم على فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة التى يفرضها العقد على طرفيه .

فإخلال أحد العاقد بالتزاماته ، تحت ظل الفقه الإسلامى ، لا يمنع العاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام جبراً وبين طلب فسخ العقد ، كما يقضى بذلك القانون المعاصر . فهو لا يخوله إلا الحق فى إجباره على الوفاء بالالتزام . فإذا تعلل عليه الوصول إلى حقه ، يبق له إلا الرجوع على غريمه بالضمان ، أى بالتعويض . وهكذا فالفسخ في الفقه الإسلامى ، لا يتمثل جزاء عن الإخلال بالتزام . وهو فى ذلك يغير القانون المعاصر فى أوضاعه هام ، ليقترّب من القانون الرومانى .

وإذا قلنا إن نظام الفسخ غير معروف فى الفقه الإسلامى ، فلنأتى نعى بذلك الفسخ كجزء قانونى يتوقع تأسيساً على مجرد الإخلال بالالتزام ، ومن غير ضرورة لاشتراط حصوله فى العقد ، على نحو ما يقضى به قانوننا المصرى وغيره من القوانين المعاصرة الأخرى . أما الفسخ كنتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالالتزام ، فهو معروف فى الفقه الإسلامى . فلا يوجد فى الفقه الإسلامى ، ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان على فسخ العقد ،

---

(١) انظر فى حاية المشترى حسن النية من الفسخ : نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجوعة النقض ج ٣٠ ص ١٣٣ رقم ٣٦ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم الصادر بفسخ عقد بيع عقار فى دعوى لم تسجل عريضتها لا يبرى فى حق النثر حسنى النية الذى اكتسب حقاً عينياً على العقار .

(٢) راجع ما سبق ، بقلة ٢٤٤ .



إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات . وهذا هو مؤدى النظام المعروف تحت اصطلاح « خيار النقد » . ومؤدى « خيار النقد » أن يتفق المتبايعان على أن يؤدى المشتري الثمن خلال مدة معينة <sup>(١)</sup> ، وإنه إذا لم يؤده خلالها يفسخ العقد .

وقد أقرت « المجلة » خيار النقد . فجاءت المادة ٣١٣ منها ، بصدد البيع ، تقضى بأنه : « إذا تبايعا ، على أن يؤدى المشتري الثمن فى وقت كذا ، وإن لم يؤده فلا بيع بينهما ، صح البيع . وهذا يقال له خيار النقد » . فوفقا لهذا النص ، يسوغ أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضى بفسخه ، إذا لم يؤد المشتري الثمن فى الوقت المعين له . وكل ما يلزم لإعمال « خيار النقد » ، تحت ظل « المجلة » أن يتفق عليه ، وأن تكون مدة دفع الثمن محددة ، وإن لم يلزم أن تنقيد بفترة الثلاثة أيام ، على خلاف الرأى الراجح فى الفقه الحنفى .

وحكم « خيار النقد » ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلال الميعاد المتفق عليه ، فإن البيع لا يفسخ ، بمفهوم هذا الاصطلاح فى فقه القانون المعاصر ، ولكنه يصير فاسدا ، بمفهوم العقد القاسد فى الفقه الحنفى والذى سبق لنا أن حددناه عند الكلام فى نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى <sup>(٢)</sup> . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٤ مجلة بأنه : « إذا لم يؤد المشتري الثمن فى المدة المعينة ، كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا » .

وهكذا يختلف أثر « خيار النقد » فى الفقه الحنفى عن مؤدى نظام الفسخ فى القانون المعاصر عامة ، وفى قانوننا المصرى خاصة ، حتى فى الحالة التى يتفق فيها على اعتبار العقد مفسوخا عند الاختلال بالالتزام ، أى حتى فى حالة

---

(١) وفقا للرأى الراجح فى الفقه الحنفى ، لا يصح خيار النقد إلا إذا تنقيد الأجل المحدد لدفع الثمن بفترة لا تتجاوز ثلاثة أيام . وفى هذا يقضى « مرشد الحيران » بأنه : « إذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشتري لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع والشرط . فإن أدى المشتري الثمن فى المدة المعينة ، لزم البيع . وإن لم يؤده فى المدة المعينة ، أو مات فى اثنتائها قبل أداء الثمن ، فسد البيع » . وقد جاء محمد ، صاحب أبى حنيفة ، يطلق هذا الأجل ، قائلا بأن خيار مالتد يصح ، ولو زاد على ثلاثة أيام . وقد تبينت « المجلة » ورأى محمد ( أنظر سليم رسم باز ، شرح المجلة ، فى تعليقه على المادة ٣١٣ ) .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥٥ وما بعدها .



الفسخ الذى يقع بقوة القانون ، عند الاتفاق عليه . ففي حين أنه يترتب على الإخلال بالالتزام ، عند الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا ، فى ظل القانون المعاصر ، زوال هذا العقد بمجرد حصول هذا الإخلال ، فإنه لا يترتب عليه ، فى ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أكثر من أن يصير العقد فاسدا . وإذا كان مؤدى صيرورة العقد فاسدا هنا أن يثبت للبائع خيار فسخ العقد ، وبالتالى استرداد المبيع ، إلا أن حقه فى هذا الاسترداد يمتنع ، إذا كان المشتري قد قبض المبيع ، ثم تصرف فيه ، بأن باعه ، مثلا ، أو وهبه ، أو استهلكه أو زاد فيه شيئا من ماله . فى هذه الحالة ، تزول عن البائع رخصة الفسخ ، ولا يبقى له إلا أن يطالب المشتري بقيمة المبيع ، وليس بشئ<sup>(١)</sup> .

خلاصة كل ما سبق ، أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظام الفسخ ، باعتباره جزاء يترتب على الإخلال بالالتزام ، يحكم به القاضى ، دون حاجة إلى اشتراطه فى العقد .

ويلاحظ ، مع ذلك ، أن نظام « الفسخ » ، باعتبار أنه يخول لأحد العاقدين أو لكليهما سبيل الخلاص من العقد بعد قيامه ، دون أن يكون بالضرورة جزاء عن الإخلال بالالتزام ؛ يلاحظ أن نظام الفسخ منظورا إليه على هذا الاعتبار معروف فى الفقه الإسلامى . بل أن الفقه الإسلامى يتوسع إلى حد كبير فى تقرير هذا الحكم ، ويرده إلى أسباب شتى متنوعة . كثيرا ، بل غالبا ، ما ترجع إلى ذات تكوين العقد ، وليس فقط إلى الإخلال بتنفيذه . ويمكننا أن نورد هذه الأسباب إلى أمرين أساسيين ، هما الآتيان :

- ١ - وجود خلل فى تكوين العقد ، وعلى الأخص ما تعلق منه بالمعقود عليه . وهنا يحتل الفسخ بالبطلان . ونستطيع أن ندرج ، تحت هذا الباب ، خيار الوصف وخيار الرؤية ، وخيار العيب وخيار الغبن والتغدير .
- ٢ - تضمن العقد شرطا يمنع أحد العاقدين أو كليهما رخصة فسخ العقد . ويندرج تحت هذا الباب ، خيار الشرط ، وخيار العقد .

(١) انظر فى ذلك شرح المجلة لسلم رستم باز ، فى التعليق على المادة ٣١٤ ، وراجع ما سبق لنا أن قلنا فى صدد فساد العقد فى الفقه الحنفى .



## الفصل الثاني

### انفساخ العقد

٣٣٥ - تكلما ، فيما سبق ، في فسخ العقد ، وتبين لنا أن مؤاده أن يحل أحد العاقدين بالتزاماته ، فيترخص للعاقد الآخر ، جزاء هذا الإخلال ، أن يطلب فك الرابطة العقدية ، حتى يتحلل هو بدوره من التزاماته . فالفسخ جزاء لخطأ أحد العاقدين ، الذي يتمثل في إخلاله بالتزامه .

بيد أن عدم الوفاء بالالتزام لا يحدث بالضرورة نتيجة خطأ المدين . فقد يصبح هذا الوفاء مستحيلا ، لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه . ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد المنتجين السينمائيين على أن يمثل في رواية ، ثم يموت أو يمرض مرضاً يحول بينه وبين أن يؤدي دوره في مياعده . ومثال ذلك أيضا أن يؤثر شخص لآخر داره ، ويلتزم بالتالي بتمكينه من الانتفاع بها ، ثم تهدم هذه الدار بزلزال ، أو تنزع ملكيتها للمنفعة العامة<sup>(١)</sup> ، فيستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه .

وفي كل حالة يصبح فيها الوفاء بالالتزام مستحيلا لسبب أجنبي عن المدين ، بمعنى أنه لا يعزى إلى خطأ منه ، فإن الالتزامات المقابلة على المتعاقد الآخر تزول بدورها ، ويقوة القانون . فيزول ، في مثالنا الأول السابق ، التزام المنتج بدفع الأجر . والعلة في ذلك واضحة . إذ أن المنتج ، في مثالنا الأول ، قد تحمل بالالتزام بدفع أجر الممثل ، بغية حصوله على أداء هذا

---

(١) انظر : نقض ١٩٨٢/٤/٢٢ طعن ١٩٨٢/٢٠٨ ، الهامة من ٦٢ ع ٧٧ و ٨ ص ٢١ . وقد جاء في هذا الحكم أن نزع ملكية العين المجرة للمنفعة العامة يهدد هلاكاً كلياً لها يترتب عليه انفساخ عقد الإيجار بحكم القانون ومن تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب أجنبي . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة النقض من ٢٥ ص ١٢١٣ - نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ ، مجموعة النقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض من ١٨ ص ١١٢٩ . رقم ١٦٧ .



الأخير دوره . أما وقد استحال على الممثل أداء دوره ، فلم يعد لالتزام المنتج بدفع الأجر سبب ، وتعين أن يزول بدوره . وكذلك الشأن تماماً في مثالنا الثاني . ويقال في مثل حالتنا ، إن العقد ينفسخ . وهكذا يظهر الفارق واضحاً بين الفسخ ، الذي هو جزاء لإخلال المدين بالتزامه ، وبين الانفساخ الذي يحمي نتيجة كون التزام أحد العاقدين قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي عنه ، لا يدل له فيه .

مما سبق يبين أن الانفساخ سبب لإحلال العقد ، متميز عن الفسخ ، يقع عندما يصبح التزام أحد العاقدين مستحيلاً ، لسبب أجنبي عنه ، لا يدل له فيه . وقد عرضت المادة ١٥٩ للانفساخ بقولها : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وسوف نتناول الانفساخ من حيث شروطه وأثره ، وذلك فيما يلي :

### ٣٣٩- شروط الانفساخ :

تركز الشروط اللازمة توافرها لوقوع الانفساخ في أن يصبح أداء التزام العاقد ، بعد قيام العقد ، مستحيلاً استحالة كاملة ، ولسبب أجنبي عنه لا يدل له فيه . وتفصيل ذلك أنه يلزم ، لانفساخ العقد ، توافر الشروط الأربعة الآتية :

١- يلزم في الأساس أن يصير التزام العاقد مستحيلاً ، بمعنى أن يصبح تنفيذه غير ممكن . والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة التي تتعلق بالالتزام في ذاته ومن حيث هو ، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه ، شأن الاستحالة هنا ، شأن الاستحالة المبتدأة التي تكون عند إبرام العقد ، والتي تؤدي ، كما رأينا ، في حينه ، إلى بطلانه وعدم قيامه أصلاً .

وإذا قلنا إنه يلزم لانفساخ العقد ، أن يصير التزام أحد العاقدين مستحيلاً استحالة موضوعية ، فإننا نعني بذلك أن يصبح أدائه غير ممكن أصلاً ودائماً ..



فلا يكتفى أن يتعذر أداء الالتزام إلى حين ، إن كان من شأنه أن يصبر ممكناً بعد فواته . فالمانع المؤقت من تنفيذ الالتزام لا يهض سبباً للانفساخ<sup>(١)</sup> ، إنما يهض سبباً لوقفه وإلرجاء تنفيذ الالتزام الناشئة عنه فحسب<sup>(٢)</sup> .

٢- يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد . فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند إبرام العقد ، فإن هذا العقد لا يفسخ . ولكنه لا يتعقد أصلاً ، أى يقع باطلاً ، لاستحالة محله ، على نحو ما سبق لنا بيانه عند الكلام في المحل<sup>(٣)</sup> .

٣- يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة . فإذا كانت جزئية ، فإن الانفساخ لا يقع ، وإنما يثبت للدائن الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ المبني لما بقى ممكناً من محل الالتزام . والاستحالة الجزئية التي تحول دون وقوع الانفساخ ، وإنما تهض فقط مجرد سبب يحول العاقد الخيار بين أن يطلب فسخ العقد وبين أن يتمسك بتنفيذه في حلول ما بقى ممكناً ، هذه الاستحالة الجزئية يمكن أن تعتبر متوافرة بالنسبة إلى التزام يعينه من التزامات المدين ، كما إذا تهدم جزء من المنزل المبيع ، ويمكن أيضاً أن تعتبر متوافرة

(١) انظر : نقض ١٩٦٢/١٢/٣٠ ملن ٢٠١/٢٧٧ق مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٥٩ رقم ١٨٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن أرضاً بيعت ، ثم وضعتها الدولة تحت التحفظ ، بمطنة أنها من أموال أسرة محمد ط ( وهي الأموال التي تقررت من قيادة الثورة مصادرتها ) ، ثم رفع هذا التحفظ لثبوت عدم صلق المطنة . رفع البائعون على المشتري دعوى يطالبونه فيها بإثار الأرض المبينة طوال مدة التحفظ ، تأسيساً على انقطاع العلاقة التعاقدية خلالها ، مما يحولهم الحق في إثار أعمالاً لقواعد الإثراء بلا سبب . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى البائعين . وباركت محكمة النقض هذا القضاء قائلة : إنه : « بين من وقائع هذه الدعوى أن وضع الألمان المبينة تحت التحفظ ... لم يكن سوى طارئه قرتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين » ، ولم يتسخلص عن استحالة قانونية دائمة تقضى إلى انقضاء تلك الالتزامات ، بل مجرد استحالة مؤقتة . وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات الموجبة سيرها . ولا يكون لهذا الطارئ من أثر على قيام العقد في فترة التحفظ ، ومن ثم فإن العقد هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين » .

(٢) راجع في ذلك : عبد الحى حجازى في رسالته عن عقد المنة ص ١٥٤ - جبال الدين دزكى ، للمرجع السابق نبذة ٢٢٦ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٩٦ .



بالنسبة إلى التزامات المدين في جملتها ، بمعنى أن يصير التزام من التزاماته .  
التي يرتبها العقد في ذمته مستحيل التنفيذ ، دون الالتزامات الأخرى .

٤ - ويلزم ، في النهاية ، أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب  
أجنبي عن المدين ، لا يد له فيه ، كما إذا كانت ناشئة نتيجة قوة قاهرة أو  
فعل الدائن أو فعل الغير . فإذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب يعزى إلى  
المدين ، فإن العقد لا يفسخ ، ويبقى التزامه قائماً ، وإن استحال إلى تعويض  
لتعذر الوصول إلى تنفيذه عيناً .

هذه هي الشروط الأربعة التي تلزم لانفساخ العقد . وتوافرها يكفي .  
ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت استحالة أداء الالتزام هي استحالة مادية ،  
كما إذا مات الممثل قبل أداء دوره في الرواية ، أو مات المريض قبل أن  
يياشر الطبيب علاجه ، أو تهدمت الدار المؤجرة بزلزال ، أو كانت تلك  
الاستحالة قانونية <sup>(١)</sup> ، كما إذا التزم المحامي برفع استئناف عن حكم معين ،  
ثم صدر قانون يجعل هذا الحكم غير قابل للاستئناف .

---

(١) عل أن تقدير الاستحالة القانونية لأداء الالتزام الذي يترتب عليها انقضاء وانفساخ  
العقد الذي أنشأه ، يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، بخلاف تقدير  
الاستحالة المادية التي يسئل في رحاب الواقع ويكون القاضي الموضوع في شأنه القول الفصل ،  
طالما انبثق على أسباب سائفة من شأنها أن تحصل . راجع في ذلك نقض ١٩٦٢/١١/١ طعن  
٢٧/٣٧ بجموعة النقض س ١٣ ص ٩٤٨ رقم ١٤٣ . وتتركز وقائع الدعوى التي صدر فيها  
الحكم في أن ناظر وقف البدروى ( مصطفى النحاس باشا ) اتفق مع محام على مباشرة قضاياها  
نظير مرتب شهرى لمدة ثلاث سنوات . ثم ينول النظر بعد ذلك إلى وزارة الأوقاف ، حالة كون  
الوزير قد سبق له أن أصدر قراراً بقيام الهيئة القضائية لوزارة مباشرة قضايا الأوقاف التي  
تنول للنظر عليها . تمسكت وزارة الأوقاف بانفصال هذه الهيئة ، تأسيساً على استحالة تنفيذ  
التزامه بقوة قاهرة ، هي صدور تشريع يمنعه من المرافعة بالوكالة عن الوزارة . محكمة الموضوع  
تستجيب إلى طلب الوزارة ، وتقضى بانفساخ العقد . ولكن محكمة النقض تنقض الحكم ، تأسيساً  
على أن قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ المستند إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ ،  
وإن كان قد ناط بالهيئة القضائية لوزارة تحميلها في القضايا ، إلا أنه لم ينظر على الوزارة أن  
تمهد بقضاياها إلى غيرها . وتستلزم محكمتنا العليا قائلة : « وإذ جرى قضاء الحكم المطعون فيه  
على غير هذا النظر ، وكانت استحالة تنفيذ الالتزام التي تقوم على أسباب قانونية من مسائل  
القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، فإنه يكون مخالفاً للقانون مستوجباً نقضه » . وانظر  
في نفس الاتجاه : السهرورى ، الرسيطج ٣ ثبلة ٥٨٧ .



### ٣٣٢ - هلاك محل الالتزام غلظاً وراءه شيئاً آخر :

هلاك محل الالتزام يجعل أداء الالتزام بذاته مستحيلاً ، الأمر الذي انبنى عليه الحكم العام المتخصص عليه في المادة ١٥٩ والقاضي بانفساخ العقد ، شريطة أن يكون ذلك الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبي عن المدين بطبيعة الحال . ولاصعوبة في الأمر إذا لم يخلف الهلاك شيئاً وراءه ، كما إذا اشترى شخص سلعة ثم احترقت بكاملها قبل أن يتسلمها من البائع . فالهالك هنا كلي ، إذ الفرض أنه لم يبق ولم يذر ، واستحالة التنفيذ ترد على الترام البائع بالتسليم في شموله ، فلا يكون للعقد بعد ذلك قيام .

ولكن ما الحكم إذا هلك محل الالتزام غلظاً وراءه شيئاً آخر أو حقاً ؟ مالحكم ، مثلاً ، إذا تهدم المنزل المبيع أو احترق ، قبل تسليمه إلى المشتري أو قبل انتقال ملكيته إليه لعدم التسجيل ، وخلف وراءه أنقاضاً أو حقاً في التعويض أو في مبلغ تأمين ، هل ينفسخ البيع حتى في هذه الحالة ، أو هل ينفسخ على وجه العموم والشمول ؟ ومالحكم إذا نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، واستحق عن ذلك مقابل الاستملاك ، هل ينفسخ البيع هنا دائماً وفي كل الأحوال ؟

لم تثر هذه المسألة في الفكر القانوني المصري لافقها ولا قضاء ، وسارت أحكام المحاكم ، وعلى رأسها محكمة النقض ، على القضاء بوقوع الانفساخ في الحالة التي نحن بصددها ، تأسيساً على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي عن المدين<sup>(١)</sup> ، دون أن تتطرق أصلاً إلى البحث عما إذا كان هلاك الشيء

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٨٥ (وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع أرض زراعية بسبب استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته نتيجة استيلاء الدولة على أراضي الأجانب) - نقض ١٩٧٢/٤/٥ طين ١٩٧٢/٤٣ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ - نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طين ١٩٧٤/٥٦٨ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢٦٦ رقم ٢١٥ - نقض ١٩٦٩/٣/١٣ طين ١٩٦٩/٣٥/١٨٥ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ - نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ طين ١٩٦٨/٢١٧ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ ( وقد قضت الأحكام الأربعة الأخيرة بانفساخ عقد بيع أراضي زراعية تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب استيلاء الدولة على الأرض المبيعة إعمالاً لقانون الإصلاح الزراعي ) - =



الذي أدى إلى استحالة التنفيذ قد خلف وراءه شيئاً أم لم يخلف . ويرجع السبب في هذا السلوك من قضائنا إلى أن الشيء أو الحق الذي خلفه هلاك محل الالتزام : في الدعاوى التي عرضت عليه ، لم يصل من الأهمية إلى حد أن يسعى الدائن إلى أن يتأثر به بديلاً عن الشيء الذي ورد التزامه في الأصل عليه : فيعرض على حصول الانفساخ . ولكن المسألة ثارت في الكويت ، في حالة نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل البيع ، بسبب أن الدولة هناك تدفع مقابلاً مالياً للاستملاك ، بحيث جرت عادة الكويتيين إلى أن يسعوا هم لدى السلطات إلى أن تستملك أراضيهم . وقد ثارت تلك المسألة في خصوص تحديد من يثبت له مقابل استملاك العقار المبيع بعقد غير مسجل . أهو المشتري أم البائع . وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بانفساخ البيع في الحالة التي نحن بصددنا ، وبأحقية البائع في مقابل الاستملاك تأسيساً عليه . وذلك برغم أن المشتري كان قد تمسك بعدم الانفساخ : قائماً بمقابل الاستملاك ومكتفياً به بدل العقار المشتري<sup>(١)</sup> .

ومفتاح المسألة التي نحن بصددنا يمكن في تحديد ما إذا كان التزام المدين يتمثل مستحيلاً من عدمه . فاستحالة أداء الالتزام هي منطوق الانفساخ وأساسه . فهي التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام الذي طرأت عليه : وانقضاء الالتزام المقابل له في ذمة الطرف الآخر بالتبعية ، فيتفرغ العقد من مضمونه فيزول أي ينفسخ . والعمدة في ذلك هي إرادة الدائن ، وليست بإرادة المدين وحدها . فإذا أصر الدائن على أن يستوفي حقه على نحو ما جاء في الأصل عليه : وكان من شأن هلاك محل الالتزام أن يحول بينه وبين الوصول

= نقض ١٩٧٤/٦/٩ طعن ٣٨/٤٢٤ بمجموعة النقض من ٢٥ ص ١٠٢٧ رقم ١٦٩ (وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع مضرب أرز تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم) - نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ طعن ٣٤/١٨٢ بمجموعة الأحكام النقض من ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ٢٣٩ (وقد قضى الحكم بانفساخ بيع مطحن لاستحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم) .  
(١) تمييز الكويت ١٩٨١/١/٢٨ ، طعن ١٩٧٩/١٢٢ تجاري (حكم لم ينشر بعد) .  
وراجع نقدنا لهذا الحكم في مؤلفنا : مصادر الالتزام في القانون الكويتي - نظرية العقد ص ٦١٥ هامش ١ .



إلى مبتغاه . اعتبر أداء الالتزام مستحيلا وانفسخ العقد . أما إذا ارتضى الدائن أن يأخذ ما خلفه هلاك محل الالتزام استيفاء لحقه ، فلا يمكن أن يقبل من المدين قوله إن التزامه بات مستحيلا ، وأن العقد بالتالي قد انفسخ . فإذا نزع ملكية الأرض المبيعة ، مثلا ، قبل تسجيل عقد البيع ، وقنع المشتري ، في سبيل استيفائه حقوقه المترتبة عن البيع ، بمقابل الاستملاك ، فإنه يتناقى مع منطلق القانون وروحه أن يجيء البائع بعد ذلك وبحاج بصيرورة التزامه بالعمل على نقل الملكية مستحيلا ، وبانفساخ البيع نتيجة ذلك ، ليصل في النهاية إلى أن يستأثر بمقابل نزع الملكية دون المشتري . وكذلك الشأن إذا هلك العقار المبيع ، واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين ، وقنع المشتري بهذا أو بذلك .

فنظام الانفساخ يستهدف رفع العنت والخرج عن المدين ، بإعفائه من أداء التزام فرضه العقد عليه ، ثم بات مستحيلا لتنبأ أجنبي عنه لا يذله فيه . وحيثما يقنع الدائن ، في سبيل استيفاء حقه ، بما خلفه الهلاك ورائه من شيء أو حق ، لا يكون ثمة عنت أو خرج على المدين في أداء التزامه . فترفع المحكمة من تقرير الانفساخ . والقول يغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى أن يصير هلاك محل الالتزام نعمة وبركة للمدين على حساب دائته ، وليس مجرد أمر يزيل عنه العنت والخرج . وتمشيا مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٠٣ فرنسي تقضي بإلزام المدين . الذي يتمسك بانقضاء التزامه تأسيساً على الهلاك ، بأن يترك لدائته ما خلفه الهلاك من حقوق أو دعاوى <sup>(١)</sup> . وقد تضمن المشروع التمهيدي لقانوننا المدني نصاً مماثلاً ( المادة ٢٨٣ ) . ولكن هذا النص حذف : لا عزوفاً عن حكمه : ولكن اعتباراً بأن حكمه تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة <sup>(٢)</sup> . ونحن إذا كنا لانستطيع ، بغير نص ،

(١) تقضي المادة ١٣٠٣ فرنسي بما ترجمته : « عند هلاك الشيء ، أو خروجه عن دائرة التماسك أو فقد ، دون خطأ من المدين ، فإن المدين يلتزم ، إذا كانت هناك بعض حقوق أو دعاوى تعويض متعلقة بهذا الشيء ، بأن يتركها لدائته » . وانظر في نفس الاتجاه المادة ٣٤٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥١٩ .



أن نقول بإلزام المدين الذى يتمسك بانقضاء التزامه تأسيساً على استحالة تنفيذه بأن يترك لدائته ما يخلفه الهلاك وزاده من شيء أو حتى (١) ، إلا أننا نرى ، تمهيداً مع منطق نظام انقضاء الالتزام تأسيساً على استحالة تنفيذه ومع نظام الانقراض ، اعتبار الالتزام ممكناً غير مستحيل وبالتالي عدم وقوع الانقراض ، إذا قنع الدائن بما يخلفه الهلاك من شيء أو حتى انقضاء لدينه .

وفضلاً عما سبق أن قدمناه دعماً للرأى الذى نختارناه ، فإنه يمكن دعمه أيضاً بفكرة الحلول العينية . فما يخلفه الشيء إثر هلاكه . محل محله ، بحيث إنه إذا قنع الدائن به استيفاء لحقه ، فإنه التزام المدين يعتبر ممكناً في أدائه لاستحالة . فلا يفسخ العقد (٢) .

### ٣٣٣ - أثر الانقراض :

إذا توافرت شروط الانقراض التى بينها ، أعمل أثره . ويركز هذا الأثر في زوال العقد : من تلقاء نفسه ، وقوة القانون ، ومن غير حاجة إلى حكم القاضى وذلك فور حصول استحالة الوفاء بالالتزام ، ومن غير حاجة إلى اعتبار المدين . ونتيجة لزوال العقد ، تزول معه كافة الالتزامات الناشئة عنه .

ويتغير الحكم قليلاً باختلاف ما إذا كان العقد ملزماً لطائفة واحد أم ملزماً للطائفتين . فإن كان الأمر الأول ، وأصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة كاملة ، انقضى هذا الالتزام وتفرغ العقد من مضمونه ، فيزول ، أى يفسخ . أما إذا كانت الاستحالة جزئية . فإن العقد لا يفسخ بالضرورة ، وإنما يستمر قائماً في حدود ما بقي ممكن التنفيذ من الالتزام ، ويكون للعائد الآخر أن يتمسك ببقائه في تلك الحدود .

(١) وقد وصل الأستاذ الفذ السبوري بالفعل إلى الرأى الذى لم نستطع نحن أن نقول به ، راجع مؤلفه الوسيط ج ٣ نية ٥٨٩ .  
(٢) راجع في تفصيل الرأى القائل بعدم حصول الانقراض عندما يقنع الدائن اقتضاء لحقه بما يخلفه هلاك الشيء من حقوق : مؤلفنا ، مصادر الالتزام في القانون المبنى الكوئيم - نظرية العقد نية ٣١٦ وحاشى ١ ص ٦١٥ .



ويلاحظ أن المشرع لم يعرض إلا لانفساخ العقد الملزوم للجانبين ، وذلك في المادة ١٥٩ . فهو لم يعرض أصلاً لانفساخ العقد الملزوم لجانب واحد . وكان هذا العقد الأخير لا يفسخ . والحقيقة أن الانفساخ يرد على العقد الملزوم لجانب واحد . كما يرد على العقد الملزوم للجانبين ، وذلك بخلاف الفسخ الذي لا يتصور وروده إلا في خصوص العقد الأخير دون الأول . وإن كان العقد ملزماً للجانبين ، وكانت استحالة التزام أحد المتعاقدين كلية ، انقضى هذا الالتزام ، وانقضى الالتزام المقابل للعائد الآخر . وتفرغ العقد بذلك من مضمونه ، فيفسخ . أما إن كانت الاستحالة جزئية ، فإن العقد لا يفسخ ، ويكون للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد في حدود ما بقي ممكن التنفيذ من حقه نظير ما يتناسب معه من الالتزام المقابل <sup>(١)</sup> ، وبين أن يطلب فسخ العقد برمته <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان من شأن انفساخ العقد أن يزول بقوة القانون بمجرد أن يصير الالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه ، فإن هذا الزوال يقع بأثر رجعي ، يمتد إلى وقت إبرام العقد ، حيث إن هذا العقد يعتبر كأن لم يتعد أصلاً ، الأمر الذي يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت إبرام العقد <sup>(٣)</sup> ، وذلك في نفس الحدود المقررة في شأن

---

(١) وإذا تمسك الدائن بالعقد في حدود ما بقي ممكن التنفيذ من التزام مدين ، فإنه يتحمل بالضرورة بما يقابل ما بقي من حقه الذي يطالب به . فإن اشترى شخص داراً ، مثلاً ، ثم تهم البناء ، وتمسك المشتري ببقاء المبيع بالنسبة للأرض ، كان له ما يطلبه ، ولكنه يتحمل من الثمن بجزء يقابل الأرض ، يحده قاضي الموضوع ، بمعونة أهل الخبرة إن لزم الحال .

(٢) وإذا طلب الدائن هنا الفسخ ، جاز للمحكمة أن تعمل سلطاتها التقديرية المنصوص عليها في المادة ١٥٧/٢ ، فلا تجيب الدائن إلى الفسخ ، إذا كان ما أصبح تنفيذه مستحيلًا قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامات المدين في جملتها . ولكن لا يجوز للمحكمة هنا أن تنتظر المدين إلى أجل ، إلا بالنسبة إلى ما بقي ممكن التنفيذ من التزامه .

(٣) انظر فيما يترتب على انفساخ عقد البيع من وجوب قيام البائع برد الثمن وتحمله ثمة الملاك : نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ طعن ١٩٦٧/٢١٧ ق ٣٤٤ مجموعة النقض من ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ - نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ طعن ١٩٦٨/١٨٢ ق ٣٤٤ مجموعة النقض من ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ١٥٦٥ - نقض ١٩٦٩/٣/١٣ طعن ١٩٦٨/١٨٥ ق ٣٣٥ مجموعة النقض من ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ - نقض ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة النقض من ٢٨ ص ٨٨٥ - نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١٩٦٩/١٩٩ ق ٤٤٣ - مجموعة النقض من ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ .



الفسخ ، أى مع مراعاة القيام بأداء معادل ، حينما يتعذر على العاقد بفعله أن يعيد غريمه إلى الحالة التى كان عليها عند العقد ، ومع مراعاة انتفاء الأثر الرجعى للانفساخ فى العقود المستمرة ، ومع عدم الإخلال بالحماية القانونية من الانفساخ المقررة للغير حسن النية .

وغنى عن البيان أنه فى حالة انفساخ العقد نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عنه لسبب أجنبى عن المدين ، سواء أكانت هذه الاستحالة كلية أو جزئية ، لا يستحق الدائن تعويضاً ما عدا بناله من ضرر بسبب تفويت الصفقة عليه كلياً أو جزئياً <sup>(١)</sup> . فالفرض أن المدين هنا لم يخطئ . وبهذا يتميز انفساخ العقد عن فسخه ، الذى لا يحول دون حق الدائن فى التعويض عن الضرر الذى يرتبه له ، اعتباراً بأنه يتمثل رخصة يجيزها له القانون كجزاء لإخلال المدين وتقصيره فى الوفاء بالتزاماته .

---

(١) انظر : نقض ١٢/١١/١٩٧٤ طعن ٣٩/١٦٣ ق مجموعة النقض من ٢٥ من ٦٢١٢



# الفصل الثالث

## التفاسخ أو التقايل أو الإقالة

٣٣٤ - التفاسخ أو الإقالة ، كما يغلب أن يقال في الفقه الإسلامي ، أو التقايل <sup>(١)</sup> كما يقال أحياناً ، سبب لانحلال العقد ، إلى جانب الفسخ والانسفاخ . وهو نظام يقوم على تراخي طرق العقد على إزالته بعد إبرامه . ولم يشر قانوننا المدني في نصوصه إلى التفاسخ أو الإقالة . ولكن لا شك في إعماله تحت ظله . فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة . إذ ما يستطيع توافق الإرادتين كليهما أن يفعله ، يستطيع ، بعد أن يقيمه أن يتقضيه ، وذلك في الحدود التي لا تضر الغير بطبيعة الحال .

والإقالة ، أو التقايل كما يقال أحياناً ، تفيد في اللغة معنى الإزالة <sup>(٢)</sup> . وتفيد في الفقه الإسلامي وفي القانون نفس المعنى . فهي تعني إزالة العقد . بمقتضى اتفاق لاحق لإبرامه . ومثال ذلك أن يبيع تاجر لأحد عملائه سلعة معينة . ثم يصفان بعد ذلك على اعتبار البيع كأن لم يكن ، ويسترد التاجر سلعته ، ويسترجع العميل نقوده .

والإقالة أو التقايل أو التفاسخ نظام يكشف بذات نفسه عما يبرره . فقوامها تراخي العاقدين كليهما على إزالة العقد بعد إبرامه كما أسلفنا .

(١) ويطلق البعض على الإقالة اصطلاح « الفسخ الاتفاق » . وهذه التسمية ، وإن كانت في ذاتها صحيحة لغوياً ، اعتباراً بأن الإقالة لا تعدو أن تكون اتفاقاً على فسخ العقد بمعنى إزالته ، إلا أنه يحسن الابتعاد عنها ، حتى لا تختلط الإقالة بالفسخ الذي يقع بقوة القانون استناداً إلى الشرط الفاسخ الصريح ، والذي كثيراً ما يطلق عليه بدوره الفسخ الاتفاق . ثم إن لفظ « الفسخ » يمثل في لغة قانوننا المصري ، وغيره من القوانين العربية المصرية الأخرى ، اصطلاحاً قانونياً يفيد إزالة العقد بناء على طلب أحد عقديه كجزء لإخلال الماقد الآخر بالتزاماته ، وليس مجرد إزالة العقد إذا قامت على غير ذلك من الأسباب . فهو بهذه المثابة يبعد عن معناه اللغوي وعن معناه في لغة الفقه الإسلامي .

(٢) يقال : أقال الله شركك ، بمعنى أزالها . ومن المأثور عن النبي صلوات الله عليه أنه قال : « من أقال ناعماً بيته ، أقال الله شرته يوم القيامة » .



والعقد في قيامه صنيعة هذا للراضى . وما يستطيع العقد أن ينشئه يستطيع بذات نفسه أن يزيله .

والإقالة تتميز عن الفسخ في أمرين أساسيين . فهي ، من ناحية ، لا تكون إلا اتفافية ، بمعنى أنها لا تنشأ إلا بتراضى الطرفين عليها ، وبشرط أن يجيء هذا التراضى بعد تمام العقد . أما الفسخ ، فيقع إما بحكم القاضى . كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون في حالة الاتفاق على حصوله بمجرد الإخلال . بالالتزام وبدون حكم قاضى . ومن ناحية أخرى ، تختلف الإقالة عن الفسخ في أنه لا يلزم لوقوعها على سبيل الحتم أن يكون قد حصل من أحد طرفى العقد إخلال بالتزاماته ، طالما أن الطرفين يرتضيانها . أما الفسخ ، فهو بالضرورة جزاء لهذا الإخلال ، كما قدمناه ، في حينه .

### ٣٣٥ - انعقاد الإقالة :

الإقالة أو التنازل أو التناسخ لا تعدو أن تكون عقداً يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين نفس الأشخاص ، واعتباره كأن لم يكن . فلا يلزم من ثم لقيام الإقالة ، بعد توافر الأركان والشروط التى تعلما القواعد العامة لانعقاد العقود بوجه عام ، إلا أن ينصب رضاء طرفيها كليهما <sup>(١)</sup> ، على اعتبار العقد الذى سبق لها أن أبرماه كأن لم يكن . وأن يكون في مقلورهما أن يتمشيا مع الغاية التى يقصدها .

فيلزم بادئ ذي بدء ، للتنازل من العقد . أن تتعدد على ذلك إرادة طرفى هذا العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما <sup>(٢)</sup> . فما تقيمه الإرادة المشتركة لا تنقضه بحسب الأصل إرادة مفردة .

ويلزم أن تنصب الإرادة المشتركة لطرفى العقد على إزالته من أصله . أى على اعتباره كأن لم يكن أبداً . فلا تعتبر إقالة ، مثلاً ، الاتفاق بين المؤجر

(١) وليس معنى قولنا هنا بأنه يلزم حصول الإقالة اتفاق طرفى العقد على حصولها أن الإقالة لا تحصل إلا من طرفين ، وإنما أردنا مجرد التمسك مع الغالب حصوله في واقع حياة الناس ، حيث تحصل الإقالة من العقد المبرم بين طرفين باتفاقهما معاً ، كالبيع مثلاً . فإن أبرم العقد من أطراف متعددة كالشركة والقسمه ، حصلت الإقالة باتفاق هذه الأطراف جميعاً .

(٢) انظر : نقض ٣-٢-١٩٧٦ طعن ٤٢/٢٢٤ ق مجموعة النقض من ٢٧ من ٤٦٦ .



والمستأجر على إنهاء الإيجار قبل فوات المدة المتفق عليها ، طالما أن اتفاقهما لا يمس الإيجار فيما مضى من مدته . ولا تعتبر اقالة أن يبيع شخص الشيء الذى سبق له أن اشتراه لنفس من ابتاعه فى البدء منه ، فذلك مجرد بيع ثان ، وإن كان عكسياً . فالمتعاقدان هنا لا يعتبران أنهما تقابلا البيع الأول ، إلا إذا انصب اتفاقهما على اعتباره كأن لم يكن أصلاً .

ويلزم التحرز من الخلط بين حصول الإقالة فى العقد وإجراء مجرد التعديل فيه . فالإقالة لا تكون إلا حينما يقتضى العقد الجديد إزالة العقد الأول برمته . أما إذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول ، وأمكن له أن يقوم إلى جانبه ، وإن غير فى بعض أحكامه التى لا تمس أصله وأساسه ، فإننا لا نكون بصدد الإقالة من العقد القديم ، وإنما بصدد مجرد إجراء التعديل فيه . ومثال هذه الحالة أن يتفق فى عقد البيع على حصول تسليم المبيع أو دفع الثمن فى ميعاد مضروب : ثم يأتى الطرفان ويتفقان فى تاريخ لاحق على تغيير هذا الميعاد .

وإذا لزم لحصول الإقالة من العقد أن يتفق طرفاه كلاهما على اعتباره كأن لم يكن أصلاً ، فلا أهمية بعد ذلك لأن يجهى اتفاقهما هذا صريحاً ، أو أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال <sup>(١)</sup> ، شريطة أن تكون تلك

---

(١) انظر نقض ١٩٧٦/٣/٣ المشار إليه فى الحاشى السابق . وقد جاء فى هذا الحكم : « لئن كان الأصل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضاه المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقابل منه . وأياً ما كان الرأى فى طبيعة هذا الاتفاق ، وهل يعد تفاسخاً أو إبراماً لعقد جديد ، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين ، يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد . وبحسب حكمة الموضوع إذا هى قالت بالتقابل النفسى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادته طرف العقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد ( استخلصت حكمة الموضوع ، فى واقعات النزاع المرفوض ، تقابيل إيجار حقيقة من عدم تنفيذه مدة طويلة ) » . وانظر فى نفس الاتجاه وينس العبارة : نقض ١٩٦٧/٢/١٦ طعن ٣٣/٦١ مجموعة النقض س ١٨ ص ٣٩٤ رقم ٥٩ ( استخلصت حكمة الموضوع التقابيل النفسى فى عقد بيع من إنذار وجهة المشتري إلى البائع بأنه لا يقبل الصفقة إلا بنصف الثمن المتفق عليه فى الأصل ، تلاه إنذار من البائع للمشتري بلفظه فيه باستمداه النفسى فى إجراءات التسجيل وأنه إذا لم يتقدم لذلك فلن العقد يعتبر مفسوخاً ، فسكت المشتري ، وأخيراً رفع المشتري دعوى يطالب البائع فيها برد المربون مع التوفيق ) .



الظروف قاطعه في الدلالة على حصوله . فالاتفاق على زوال عقد بعد حصوله لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه . واستخلاص قيام الاتفاق الضمني على الإقالة أمر يدخل في رحاب الواقع ؛ ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل ، ما دام استخلاصه يقوم على أسباب سائفة قانوناً (١) .

وفضلاً عن توافق إرادتي طرفي العقد على إزالته واعتباره كأن لم يكن أصلاً ، يلزم ، لحصول الإقالة ، أن يكون في مقدور الطرفين التمشي فعلاً وواقعاً مع الغاية التي يستهدفانها منها ، والتي انعقد قصدهما المشترك على تحقيقها ، تلك الغاية التي تتمثل في إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه . فإذا كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٤٨/٤/١٥ ، مجموعة عمر ج ٥ ص ٦٠١ رقم ٣٠٢ - نقض ١٩٦٩/١/٢ طعن ٤٣/٤٧٢ مجموعة النقض ص ٢٠ ص ٧ رقم ٢ ( بعد أن بين الحكم أن استخلاص نية المائتين في وقوع التفاسخ الضمني يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية طالما ينشئ على أسباب سائفة ، وصل إلى أن استخلاص التفاسخ مع استمرار تملك الطرفين بالمقدور أن يعنى أحدهما حصول التفاسخ يتشمل فساداً في الاستدلال مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه ) .

وقارن نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طعن ٣٩/٨٢ مجموعة النقض ص ٢٥ ص ١٢٥٤ رقم ٢١٣ . وتتمحصل واقعات النزاع الذي صدر فيه الحكم في أنه ، في عقد بيع ، رفع المشتري على البائعين دعوى بالفسخ والتعويض تأسيساً على إخلالهم بالتزاماتهم ، فقابل البائعون تلك الدعوى بدعوى فرعية بالفسخ واستحقاقهم المربون تأسيساً على إخلال المشتري بالتزاماته هو ، مدعين أنهم قد أوفوا بالتزاماتهم . قضت محكمة الموضوع ( بحكمة الاستئناف ) بفسخ البيع تأسيساً على تلاقق إرادة المشتري والبائعين على الفسخ . وقد باركت محكمة النقض هذا القضاء راضية الطعن بالنقض الموجه ضد . وهذا الحكم من محكمتنا العليا يبدو لنا غير سديد ، وكان يصحح عليه نقض الحكم المطعون فيه لفساد الاستدلال . ذلك لأن إرادة الطرفين لم تتلاقح في الحقيقة . فإذا كان كل منهما قد طلب الفسخ ، إلا أنه قد طلبه تأسيساً على سبب منازير بل مناقض للسبب الذي أسس الآخر طلبه عليه . فلسنا هنا بصدد تفاسخ أو تقايل يقوم على توافق الارادتين ، وإنما بصدد دعوى بالفسخ من عقد واحد . وكان خليقاً بالحكمة أن تنظر في كل دعوى ، حتى إذا ما تبينت إخلال المدعي عليه بالتزاماته ، حالة أن المدعي غير غفل بالتزاماته هو ، جاز لها أن تقضي لمصلحته بالفسخ مع التعويض على حساب غريمه . أما إذا تبينت أن الإخلال بالاتزامات متبادل بين الطرفين كليهما ، بمعنى أن كلا منهما غفل بما يوجبه المقدر عليه ، قضت برفض الفسخ لعدم تكامل كل شروطه .



التي كانا عليها عند إبرام العقد بحمله لسبب أو لآخر ، فإن الإقالة من هذا العقد تقع باطلّة لاستحالة محلها . وهذا ما دعا الفقه الإسلامي إلى أن يشترط لحصول الإقالة من العقد أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحد العاقدين . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فيه للغير ، ما جازت الإقالة أو ما سرت في حق الغير على حسب الأحوال . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف في بعض المعقود عليه ، جازت الإقالة في الباقي بقدر حصته من المقابل <sup>(١)</sup> . وإذا كان قانوننا المدني المصري لم يتضمن مثل هذا الشرط ، حيث إنه لم يعرض لتنظيم الإقالة أصلاً ، إلا أنه يتعين الأخذ به تحت ظله ، لأنه لا يعلو أن يكون تطبيقاً للقواعد القانونية العامة . في البيع . مثلاً ، يلزم أن يكون المبيع قائماً وباقياً في يد البائع أو المشتري عند الاتفاق على الإقالة . ولكن لا يمنع من إمكان الاتفاق على الإقالة أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه . حيث تقع الإقالة في الباقي . بقدر حصته من الثمن <sup>(٢)</sup> . أما إذا قبض المشتري الثمن وضاع منه ، فإن ذلك لا يحول دون الإقالة ، إذ أن المثلثات لا تهلك .

### ٣٣٦ - أثر الإقالة :

يتركز أثر الإقالة في إزالة العقد ، والأصل أنها تزيل العقد ، لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل بالنسبة إلى الماضي أيضاً ، شأنها في ذلك شأن الفسخ . فيعتبر العقد الذي حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلاً <sup>(٣)</sup> . بيد أن

(١) وقد تقرّر هذا الحكم الإسلامي في القانون العراقي ( المادة ١٧٦ و ١٧٧ ) وفي القانون الأردني ( المادة ٢٤٤ ) ، وأخيراً في القانون المدني الكويتي ( المادة ٢١٧ ) .

(٢) ولا ينبغي أن يفهم مما سقناه في المتن أن الإقالة لا تكون إلا في عقود المعاوضات ، فيمكن لها أن ترد في شأن عقود التبرع كذلك ، سواء أكانت كلية أو جزئية .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٤/١/٣٠ ، طعن رقم ١٩٧٣/١٠ تجاري . وقد جاء في هذا الحكم أن التقابل يأخذ حكم الفسخ وأثره ، فينبط العقد فيما بين المتعاقدين بأنز رجعي ويماد هذان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

وقارن نقض مصري ١٩٦٦/٤/٧ طعن ٣٢٢/٢٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ من ٨٢٥ رقم ١١٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن « التفاضل ... لا يكون له أثر رجعي له إلا =



هذا الأثر الرجعي للإقالة ، لا يكون إلا في العلاقة بين العاقدین نفسيهما والخلف العام لكل منهما ودائنيهما : أما بالنسبة إلى غير هؤلاء ، فالإقالة لا يكون لها أثر ، إلا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، متعاً للإضرار بهم <sup>(١)</sup> . فإذا باع شخص لآخر داراً ، مثلاً ، ثم بعد ذلك اتفقا على الإقالة ، اعتبر البيع كأن لم يقع أصلاً ، في العلاقة بين البائع والمشتري . ولكن بالنسبة إلى الغير ، فإن البيع يعتبر أنه لم يمس . كل ما هنالك أنه : بمقتضى الإقالة ، يعتبر الطرفان أنهما اتفقا على بيع عكسي ، أى اتفقا على أن يبيع المشتري الدار من جديد إلى البائع بنفس الثمن . ويرتب على اعتبار الإقالة عقداً جديداً ، بالنسبة إلى غير العاقدین ، نتائج عملية هامة . فلو أن مشتري الدار ، مثلاً ، قد رهنها بعد شرائه إياها ، ثم تمت إقالة البيع ، فلها لا تؤثر في حق الرهن ، وتعود الدار إلى مالکها القديم محملة به .

= إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له . وهذا الذي قاله الحكم ليس صحيحاً ، إذا قصد من التناسخ الإقالة من العقد المصنوع الذي نقصد من دراستنا لها في المتن ، أى بمعنى إزالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبداً . ولكن محكتنا العليا ، شأنها في ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون في حكمها ، استعملت هنا اصطلاح « التناسخ » في معنى إلغاء العقد للمستقبل دون ماس بما تم من تنفيذه في الماضي ، وذلك في عقد توريد أغذية لبعض المدارس ، تنفذ في بعض مدته ، ثم مرض المتعهد ، فطلب إيفاءه من الاستمرار في التوريد ، ووافقت مديرية التعليم على إعفائه . ومحكتنا العليا ، إذ تستعمل هنا اصطلاح « التناسخ » في المعنى الذي بيناه ، يشمل قضاؤها سليماً تماماً إذ أننا لسنا هنا بصدد الإقالة بمعنى إزالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن ، وإنما بصدد إنهاء العقد وإلغائه للمستقبل فحسب .

(١) اختلف فقهاء المسلمين في تكييف الإقالة . فذهب المالكية وأهل الظاهر إلى أن الإقالة عقد جديد ، وليست فسخاً للعقد الأول ، وذلك بالنسبة إلى العاقدین والغير عن حد سواء . وقال الحنابلة ، ومنهم أهل الشيعة الأمامية ، إن الإقالة فسخ اتفاق بالنسبة إلى الجميع . وبشر فريق ثالث من فقهاء الشرع الأغر ، يمثل في الحنفية ، بأن الإقالة لها طبيعة مزدوجة فهي فسخ اتفاق بالنسبة إلى العاقدین ، وعقد جديد بالنسبة إلى الغير . وإلى هذا الرأي الأخير انحاز القانون الملقى المرقى ( المادة ١٨٣ ) ومن بعده القانون الملغى الكويتي ( المادة ٢١٨ ) .



## الفصل الرابع

### الدفع بعدم التنفيذ

٣٣٧- تكلمنا، في الفصول الثلاثة السابقة - في الفسخ والانفساخ والتقابل أو التماسخ أو الإقالة . وهي أمور تؤدي كلها إلى حل الرابطة العقدية نهائياً ، وبأثر يمتد ، بحسب الأصل ، إلى يوم إبرامها . أما في هذا المبحث فنتناول نظاماً جديداً : ليس من شأنه أن يؤدي إلى حل الرابطة العقدية نهائياً ، ولكنه يضعفها فقط ، وبصفة مؤقتة . فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على أحد طرفيه ، دون أن يزيلها . هذا هو نظام « الدفع بعدم التنفيذ » .

٣٣٨- ومؤدى الدفع بعدم التنفيذ *Exceptio non adimpliti contractus* أنه في العقود التبادلية ، أي الملزمة للجانبين ، يسوغ لكل من العاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه . ولو كانت حالة الأداء ، إلى أن يقوم العاقد الآخر بأداء التزاماته ، أو يعرض ، في الأقل ، أدائها ، مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية ، وليست هجومية . فهو : كما يدل عليه اسمه . دفع ، وليس دعوى . وهو وسيلة دفاعية يقرها القانون للعاقد الذي يكون ، في نفس الوقت ، دائناً ومديناً للعاقد الآخر ، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له عليه ، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له . والفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي أنه : « إذا أردت أن تأخذ مالك ، فعليك أن تفي بما عليك . فلا عهد لمن لا عهد له » .

٣٣٩- والدفع بعدم التنفيذ ، على خلاف ما قد توحى به تسميته اللاتينية التي اشتهر بها ، ليس من خلق القانون الروماني ، وإنما هو من خلق القانون الكنسي الذي صاغه بعبارة : « لا براعى عهد من لا عهد له » .



ولم ينص القانون الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ . وهو مع ذلك مسلم فيه ، قضاء وفقها ، اعتباراً بأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في نظرية السبب . وقد لجأت المدونات القانونية الحديثة إلى النص عليه صراحة <sup>(١)</sup> .

وجاء القانون المصري ينص بدوره عليه ، وذلك في المادة ١٦١ ، التي تقضي بأنه : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » . وهذا نص مستحدث في قانوننا الحالي ، فلم يكن له مقابل في قانوننا القديم <sup>(٢)</sup> .

٣٤٠ - وأساس الدفع بعدم التنفيذ . وفقاً للرأى السائد في الفقه . هو فكرة السبب ، اعتباراً بأنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذي فرضه العقد عليه ، قبل أن يتحقق الغرض الذي سعى هو إليه ، عندما تعهد به . ومن هنا كان الأصل ، في العقود التبادلية ، أو الملزمة للجانبين ، هو تعاصر التنفيذ ، أى أن الالتزامات المتقابلة الناشئة عنها تنفذ في وقت واحد .

وأياً ما كان وجه الصحة في الرأى السائد الذي يرجع أساس الدفع بعدم التنفيذ إلى نظرية السبب ، فهذا الدفع يتمشى مع ذات طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين : من حيث إنها تقتضى ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل <sup>(٣)</sup> .

---

(١) وهذا هو الشأن في القانون الألماني ( المادة ٣٢٠ ) ، وقانون الالتزامات السويسري ( المادة ٨٢ ) ، ومدونة الالتزامات والمقود المغربية ( المادة ٢٣٤ و ٢٣٥ ) ، والقانون العراقي ( المادة ٢٨٠ ) ، والقانون السوري ( المادة ١٦٢ ) ، والقانون الليبي ( المادة ١٦٣ ) والقانون الحف الكويتي ( المادة ٣١٩ ) .

(٢) وبرغم علم وجود نص ، في قانوننا المصري القديم يقرر الدفع بعدم التنفيذ كبدأ عام شامل ، إلا أن فكرته كانت ، تحت ظله ، مسلمة قضاء وفقها ، اعتباراً بأنها لا تبدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد القانونية العامة . بل إن القانون المصري القديم نفسه تضمن عدة تطبيقات تشريعية للدفع بعدم التنفيذ ( راجع المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٣٢١/٤١١ ) .

(٣) وإيضاحاً لهذه الفكرة ، جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ( ج ٢ ص ٢٣٣ ) ما يلي : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام المقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ =



### ٣٤١ - شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يلزم لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، توافر الشروط الآتية :

١ - يلزم أن تكون بصدد عقد تبادل : أى ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار . ففي العقود الملزمة لجانب واحد ، كالهبة ، لا يكون للدفع بعدم التنفيذ مجال . وهذا أمر واضح تقتضيه طبيعة هذا الدفع ذاتها . فأساس دفعنا التقابل بين الالتزامات على طرفي العقد <sup>(١)</sup> ، وبشرط أن يكون هذا التقابل قائماً في ذات العقد الواحد <sup>(٢)</sup> .

= الالتزامات المتعاقبة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات ، فلا يجوز تفريراً على ما تقدم ، أى يجبر أحد المتعاقبين على تنفيذ ما التزم به ، قبل قيام المتعاقب الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتعاقبة في وقت واحد . ويجوز الاستثناء بإجراءات العرض الحقيقي لمصلحة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتج ما يجب أن يوفى به ، حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له . وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع ، إنما يوقف أحكام العقد ، لا أكثر . فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق . بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

(١) انظر : نقض ١٩٥٥/٤/١٤ ، مجموعة النقض ص ٦ ص ٩٦٩ رقم ١٢٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن استخلاص التقابل بين الالتزامات ، الذى هو مناط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، من سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما قام على أسباب سائفة . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ طعن ٤٤٢/٢٩١ مجموعة النقض ص ٢٨ ص ٥٠٥ رقم ٩٦ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ أشار إليه في الهامش السابق . وتتلخص واقعات النزاع التى صدر فيها الحكم في أن شخصاً باع لأخرى حصة شائعة في عقار ملكه ، وأجر لها باقي حصته . رفضت المشتري دعوى حصة ونفاذ البيع على الحصة التى اشترتها مستتة إلى أنها دفعت كامل الثمن المتفق عليه . دفع البائع الدعوى تأسيساً على أن المشتري لم تدفع له أجرة الحصة التى استأجرتها . رفضت محكمة الموضوع الدفع بعدم التنفيذ تأسيساً على أنه لا يكون إلا عنه التقابل بين الالتزامات الناشئة من عقد واحد . وقد باركت المحكمة العليا بحق قضاء محكمة الموضوع . وجاء في حكمها أنه : « يبين مما أورده الحكم ( المطعون فيه ) إن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين ، أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار ، وإن كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عن الآخر ، ورتب على ذلك أنه ، وقد ثبت أن المشتري قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع ، فإنه يتعين على البائع أن يوفى بالتزامه في هذا العقد ، وليس له أن يظرع بالدفع =



٢- يجب أن يكون حق التعاقد الذى يتمسك بالدفع ، وبعبارة أخرى ، يجب أن يكون الالتزام المدفوع بأنه لم يتنقذ . مستحق الأداء حالا <sup>(١)</sup> . فإذا كان حق التعاقد مقرراً بأجل لما يحل ، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يثبت له ، إلى أن يحل . ومثال هذه الحالة ، أن يبيع شخص ماله بثمن آجل . أى بثمن يستحق فى تاريخ لاحق ، ثم يبيع المشتري فيطالب البائع بتسليم المبيع ، فلا يحق هنا للبائع أن تمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم ، أى لا يحق له أن يحبس المبيع ، طالما أن الأجل الذى منح للمشتري لم يحل بعد .

وكون حق من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبعبارة أخرى ، الالتزام المدفوع بأنه لم يتنقذ . واجب الأداء حالا هو الشرط الجوهري المأمور لإعمال الدفع . والحكمة منه واضحة . فالدفع بعدم التنفيذ يقوم فى أساسه على فكرة أن لا يحق للشخص أن يطالب بما له ، طالما أنه محل بأداء ما عليه . فإذا كان الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه مقرراً بأجل لما يحل ، فلا يمكن أن نعتبر المدين به مغلاً . ثم إن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مباشرة لإجبار المتعاقد ، الذى يوجه ضده الدفع ، على الوفاء بالدين الذى عليه . فإذا كان هذا الدين مقرراً بأجل لم يحل بعد ، كان الدفع بعدم تنفيذه ، باعتبارها وسيلة إجبار على وفائه ، غير مقبول : لئلا تتجاء إليه قبل الأوان <sup>(٢)</sup> .

= بعدم التنفيذ استناداً إلى أن المشتري امتنعت عن تنفيذ التزامها ف عقد الإيجار يدفع الأجرة . ذلك أن هذا الالتزام الأخير ... إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ... ولما كان ما خلص إليه الحكم سائفاً وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لمبارات الاتفاق .. فإن النتي على الحكم يكون على غير أساس » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٣/٢ طين ٣٢/٦٦ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤

رقم ٧٠- نقض ١٩٦٦/٥/١ طين ٣١/٢٢٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠٤ رقم ١٤١ .

(٢) وإذا كان التزام الالتزام باجل يحول دون التمسك بالدفع بعدم تنفيذه ، فن باب أول ، لا يسوغ التمسك بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا كان التزاماً طبيعياً ، وليس التزاماً مدينياً . فالالتزام الطبيعي لا يجبر فى تنفيذه .. وهكذا فلو أن شخصاً باع ، مثلاً ، شيئاً ، وسكت عن المطالبة بالثمن ، حتى سقط بالتقادم ، وبعد ذلك رجع المشتري على البائع بالثمن ، ما حق لهذا الأخير أن يدفع المطالبة بعدم تنفيذ التزام المشتري يدفع الثمن .



وإذا كان الأجل الذى يقترن به التزام العاقد الذى يوجه الدفع إليه نحول دون التمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ ، فإنه يستثنى من ذلك الأجل القضائى ، أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى . فنظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لا تمنع دأئته من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالب الأول الثانى بحقه عليه <sup>(١)</sup> . فنظرة الميسرة تمنح للمدين مجرد الرأفة به والتيسير عليه بإمهاله فى الوفاء ، فليس له أن يستغلها بالمبادرة بطلب حقه متلرعاً بإلراءاء ما عليه ، وإلا كان ذلك منه تجاوزاً لمقتضيات حسن النية الذى يوجه القانون فى تنفيذ العقود ( المادة ١/١٤٨ ) وخروجاً عن روح نظرة الميسرة .

٣- ولا يكفى ، لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، أن يكون حق من يتمسك به مستحق الأداء حالا ، بل يلزم . فضلاً عن ذلك . ألا يكون المتعاقد مجبراً ، بمقتضى العقد أو القانون أو العرف أو العادة ، على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولاً . فالأصل أن تنفذ التزامات العاقدين المتعاقبة فى نفس الوقت . إعلاالاً لفكرة إعط وخذ . ولكن إذا اتفق الطرفان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه ، أو قضى بذلك القانون أو العرف أو العادة ، ما ساغ لهذا المتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . لأن مؤدى تمسكه به أن يطلب أن يؤدى هو التزامه فى نفس الوقت الذى يقوم فيه غريمه بأداء التزامه . فى حين أنه ملزم بأن يبدأ هو بتنفيذ ما عليه <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان التزام المتعاقد بأن يبدأ هو بتنفيذ التزامه يحرمه من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، فإن روح هذا النظام يقتضى أن يكون ثمة فترة طويلة نسبياً بين تنفيذ الالتزامين ، تخضع فى تحديدها لتقدير قاضى الموضوع . فلا يكفى مجرد الترتيب الزمنى ، إذا كان لا يحول دون تعاصر التنفيذ .

(١) انظر : السهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٤٩٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ ملن ٣٤/٥٠٥ ق ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ - نقض ٦٦/٣/٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤ رقم ٧٠ - نقض ٦٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٢٧٩ - نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٤٥ .



٣٤٢ - تلك هي الشروط التي يلزم توافرها لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعد التنفيذ .

بيد أن الحق في التمسك بهذا الدفع ، شأنه في ذلك شأن أى حق آخر غيره ، يتقيد في استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق<sup>(١)</sup> (المادة ٥) وبقاعدة وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية (المادة ١/١٤٨) . وهكذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية . ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية . وعلى الأخص ، لا يسوغ التمسك به إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر مما عليه ، ولم يبق منه إلا قليل ضئيل . لا يتمشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم أدائه ، لامتناع الدائن عن وفاء ما عليه ، أو في الأقل ، يتمتع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ : إلا في حدود حصة من التزامه تقابل ما بقي من حقه من غير وفاء<sup>(٢)</sup> .

### ٣٤٣ - كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

تبيننا ، فيما سبق ، الشروط اللازم توافرها لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . والفرض أن هذه الشروط قد توافرت كلها ، ومن ثم فقد ثبت للمتعاقد التمسك بالدفع . وعلينا هنا أن نحدد طريقة هذا التمسك .

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٥/١٠ طعن ٣١/٢٢٤ ق مجموعة النقض س ١٧ من ١٠٤٠ رقم ١٤١ .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي فقرة ثانية للمادة ٢٢٢ منه ، التي أصبحت المادة ١٦١ من القانون ، تصرح بهذا الحكم . فقد جاءت هذه الفقرة تقول : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع من تنفيذ التزامه ، إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير معترف مع ما يجب توفره من حسن النية » . وقد حذفت هذه الفقرة ، فلم تلت في القانون ، بسبب ما روي من أنها « تطبيق لنظرية التصف في استعمال الحق » . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، ج ٢ ص ٣٢٤ .



. والدفع بعدم التنفيذ . كما يدل عليه اسمه . وكما سبق لنا أن بيناه ، وسيلة دفاعية وليست هجومية . ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا حوّل بما عليه . حيث يسوغ له هنا أن يدفع المطالبة بعدم أداء ما له . وللمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . سواء أطولب بأداء ما عليه ودياً أم قضائياً . فإذا طُوب ، خارج ساحة المحكمة ، بأداء ما عليه ، فتمسك بعدم تنفيذ ما له . بل حتى لو كان له الحق في ذلك . ولم يتمسك به إلا فيما بعد ، فإنه لا يعتبر مجازاً بالتزامه . وما ترتبت عليه المسؤولية <sup>(١)</sup> .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يثبت لكل من المتعاقدين . فكل منهما يتخصص في استعماله . أو في عدم استعماله . ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه . فالقاضي يجب المتعاقد الذي يتمسك بالدفع إلى وقف تنفيذ التزامه . إلى أن يفي غريمه بما يجب عليه . ولكنه لا يحكم بذلك متطوعاً من تلقاء نفسه .

على أن الذي يجوز له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو المتعاقد الذي لم يوف له بحقه . فليس للغير أن يتمسك بهذا الدفع . فلا يجوز ، مثلاً . في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن إلا للبائع . فلا يجوز هذا الدفع لمشتري ثان بغية الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشتري الأول <sup>(٢)</sup> .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتصل بالنظام العام . فلا يوجد ثمة ما يمنع من اشتراط امتناعه على أحد العاقدين ، أو على كليهما . كما لا يوجد

---

(١) ولا يوجد هناك ما يمنع المتعاقد من التمسك بعدم تنفيذ ماله ، في صورة إشكال في التنفيذ بالحق الذي عليه . ويحصل ذلك إذا كان المقدم رسمياً ، وأريد التنفيذ بمقتضاء . إما إذا أريد إجراء التنفيذ بمقتضى حكم واجب النفاذ ، فإننا لا نرى إمكان إيقاف هذا التنفيذ عن طريق مجرد التمسك بالدفع ، لأن في ذلك مسألاً بحجية الأمر المقضي .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ طعن ٣٤/٢٦٠ ق مجموعة النقض من ١٨ ص ١٩٣٢ رقم ٢٩٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد يتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن ، لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ، ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر . فإذا كان البائع لم يعط في قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار المرض =



ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو دلالة . طالما أن الدلالة قاطعة .

#### ٣٤٤ - أثر الدفع بعدم التنفيذ :

يركز أثر الدفع بعدم التنفيذ في وقف تنفيذ التزام المتعاقد الذي يتمسك به ، والمقابل للالتزام المدفوع بعدم تنفيذه ، وذلك إلى حين أداء هذا الالتزام الأخير ، أو إلى أن يعرض أدائه عرضاً قانونياً صحيحاً <sup>(١)</sup> . ففي عقد البيع ، مثلاً إذا طوّل المشتري بدفع الثمن ، فدفع المطالبة بعدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع ، أو التزامه بالضمان : ترتب على هذا الدفع إيقاف تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن ، إلى أن يؤدي البائع التزامه ، أو يعرض أدائه عرضاً قانونياً سليماً متفقاً مع ما تقضي به المادة ٣٣٩ مدني .

وإذا كان أثر الدفع بعدم التنفيذ يتركز في إيقاف تنفيذ التزام من تمسك به ، إلى حين الوفاء بالحق الذي له ، فإنه لا يتجاوز هذا الحد . فدفعنا هذا لا يمس الالتزام في ذاته وجوده . ومن باب أولى ، هو لا يمس العقد

= والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبته على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لفئة هذا المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطائفتين - وهو مشتركان - الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص مادام البائع قد أوفى ما عليه ولم يطق فيه » .

(١) ويلاحظ أنه ، وفقاً لما هو مستقر في فقه القانون الإداري ، لا يجوز ، في مجال العقود الإدارية ، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمتعاقدين مع جهة الإدارة ، وإن كان ذلك يقع جائزاً لجهة الإدارة نفسها . فالمتعاقدين مع جهة الإدارة لا يستطيعون أن يمتنعوا عن أداء التزاماتهم ، تأسيساً على أن جهة الإدارة قد تعاضت عن الوفاء بالتزاماتها نحوه ، ما لم يترتب على هذا التعاضد صيرورة التزاماتهم هو مستحيلة الأداء . وعلة هذا الحكم واضحة . فالمصلحة العامة تأبى أن ينطّل أو يتأخر تسير المرفق العام ، لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه في ميعاده ، سيما وأن جهة الإدارة تتسم عادة باليسر والاعتدال في أداء التزاماتها . بل إن مراعاة المصلحة العامة ، وتقليبها ، عند التعارض مع المصلحة الخاصة ، جعلت الفكر القانوني ، في تنظيمه للعقد الإداري ، ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة ، لا على أنه مجرد متعاقد عادي - بل على اعتبار أنه ، إلى جانب صفته التعاقدية ، يؤدي واجب التعاون مع الإدارة في تسير المرفق العام . وإذا كان السائد في الفكر القانوني هو منع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا أننا نجد بعضاً من الفقهاء يمنحونه التمسك به ، إذا لم يكن في ذلك تعطيل لسير المرفق العام . (راجع : سليمان الحلبي ، العقود الإدارية طبعة ٣ ص ٥٦٤ ) .



في كيانه . بخلاف الفسخ والانفساخ أو الإقالة .

وليس معنى قولنا إنه يترتب على الدفع إيقاف تنفيذ التزام من يتمسك به أنه يجب على القاضي أن يرفض بالضرورة دعوى الدائن . وإنما يسوغ له أن يقضى للمدعى بحقه : برغم تمسك المدعى عليه بعدم تنفيذ ما يجب له : بشرط أن يتضمن قضاؤه أداء الالتزامين المتقابلين معاً .

ويلاحظ أن تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ لا يمنعه أن يطلب فسخ العقد . والعكس صحيح .

كما أنه يلاحظ أيضاً أن امتناع المتعاقد الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن أداء التزامه إلى أن يني غريمه بما عليه نحوه ، هو حق له : طالما أن شروط الدفع متوافره . ومن ثم فهو لا يعتبر مقصراً . بل إن امتناعه عن تنفيذ التزامه هنا لا يرفع عن غريمه وصمة التقصير في أداء التزامه هو : إن كانت . ويترتب على ذلك أن الاعتصام وراء الدفع بعدم التنفيذ ، لا يمنع العاقد من أن يطلب غريمه بالتعويض إذا كان هو المقصر في الوفاء بالتزامه <sup>(١)</sup> .

#### ٣٤٥ - الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس :

رأينا أن مقتضى الدفع بعدم التنفيذ ، أن يثبت للمتعاقد ، في العقود الملزمة للجانبين . إذا ما طوّل بأداء ما عليه ، أن يمتنع عن أدائه ، حتى يوفى له غريمه بالحق الذي له . وإذا كان محل التزام المتعاقد الذي يتمسك بالدفع هو تسليم شيء ، كما إذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع ، فدفعت البائع المطالبة بعدم أداء المشتري المستحق عليه حالاً من الثمن . كان من مؤدى الدفع بعدم التنفيذ ، أن يحبس المتعاقد في يده الشيء الملزم بتسليمه . وهذا ما يطلق عليه « الحق في الحبس » .

---

(١) انظر في ذلك : تمييز الكويت ١٩٧٧/١١/٣٠ ، طعن رقم ١٩٨٥/١٤ تجارى . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا أجل العاقد بالتزامه ، كان للعاقد الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو ، مع ثبوت الحق له في مطالبة غريمه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه ، دون أن يحاج به أنه لم ينفذ التزامه .



وهكذا فالحق في الحبس يتمثل ، في بعض صوره ، تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ ، وذلك في مجال العقود التبادلية . ولكن الحق في الحبس ، في صور أخرى له ، أعم وأشمل وأوسع نطاقاً من الدفع بعدم التنفيذ . فهو يثبت حتى خارج نطاق العقود بوجه عام . كما أن الدفع بعدم التنفيذ ، في نطاق العقود التبادلية ، أعم من الحق في الحبس . إذ أنه يباشر للامتناع عن كافة الالتزامات وليس فقط عن الالتزام بتسليم شيء <sup>(١)</sup> .

---

(١) قارن نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ٣٥٠/٣٠ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ١٠١٨ رقم ١٥٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن الدفع بعدم التنفيذ « إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة لمجانين » . وهذا القول ليس صحيحاً . إذ أن الدفع بعدم التنفيذ أعم من الحق في الحبس في نطاق العقود التبادلية كما ذكرنا في المتن . لأنه يباشر في خصوص الالتزام بتسليم شيء ( الحق في الحبس ) كما يباشر في خصوص غيره من كافة الالتزامات الأخرى ، كالالتزام بالبيع بالتسليم على عقد البيع العرفي تمهيداً لتسجيله والالتزام بإلقاء محاضرة أو بالتمثيل في رواية . راجع في ذلك مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية طبعة ٢ ص ٢٥٢ هامش (١) .



## الباب الرابع

### الإرادة المنفردة

٣٤٦ - تكلمنا فيما سبق في العقد . وهو المصدر الأساسي الغالب لإنشاء الالتزامات . والعقد ، كما بينا . يقوم على إرادتين متوافقتين ، تلتقيان في اتجاهيهما إلى إحداث الأثر القانوني المبتغى . أى على إرادة مزدوجة . وإذا كان للإرادة المزدوجة . التى هى قوام العقد . كل تلك الأهمية فى إنشاء الالتزام ، فما هو . فى هذا الحال . دور الإرادة . إذا جاءت منفردة ؟

يقصد بالإرادة المنفردة : كما هو ظاهر ، تلك التى تصدر من طرف واحد ، من غير أن تتوافق مع إرادة طرف آخر غيره . ولا شك أن الإرادة المنفردة تستطيع فى مجالات كثيرة متفرقة ومتباينة أن ترتب بعض الآثار القانونية . فهى تستطيع . على سبيل المثال : أن تكسب الحق العينى ، كما هى الحال فى الوصية والوقف . وأن تزيل الحق العينى ، كما هى الحال فى الزول عن هذا الحق . وتستطيع الإرادة المنفردة كذلك أن تنهى بعض العقود ، كما هى الحال فى إنهاء الوكالة والرجوع فى الهبة . بل هى تستطيع ، عن طريق الطلاق ، أن تنهى الزواج الإسلامى ، وهو من أكثر الأنظمة خطوة فى المجتمع وأعظمها قداسة .

وإذا كان للإرادة المنفردة أن ترتب بعض الآثار القانونية على نحو ما بيناه ، فهل يمتد دورها إلى إنشاء الالتزام ؟ وبعبارة أخرى ، هل تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ؟

هنا ثار التشكك . والعلّة فى ذلك أن النظرية التقليدية العتيقة ترى فى الالتزام رابطة تجمع بين شخصين . هما الدائن والمدين . فكيف إذن لإرادة واحدة أن تنشأه ! هكذا نظر الفكر القانونى إلى دور الإرادة المنفردة ، فى مجال الالتزامات . بخلاف : ليس فقط بالنسبة إلى إنشائها ، بل أيضاً بالنسبة إلى نقلها وتعديلها ، بل وحتى بالنسبة إلى انقضاءها .



وإذا كان الفكر القانوني قد نظر إلى دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام بعين الشك والحذر ، فإن مؤدى ذلك بالضرورة أن يثور الخلاف بصدها في النظم القانونية المختلفة . وهذا ما حدث بالفعل في الفقه المعاصر الغربي . حيث تتنازع نظريتان مختلفتان في أساسهما ، وإن كانتا تتقاربان إلى حد كبير في نتائجهما . وإحدى هاتين النظريتين قديمة تقليدية ، وهي النظرية اللاتينية أو الفرنسية . وثانيتهما حديثة ، وهي النظرية الجرمانية أو الألمانية ، وتتناول كلا من هاتين النظريتين بإيجاز :

#### ٣٤٧ — النظرية الفرنسية :

وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة التي قال بها الرومان من قبل ، والتي يسير عليها القانون الفرنسي . وما نتج نهجه من قوانين البلاد المختلفة الأخرى ، لا تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام . فالإرادة ، وفقاً لهذه النظرية ، لا تستطيع أن تولد الالتزام . إلا إذا اقترنت بإرادة أخرى ، أى إلا إذا قام العقد ، فإن بقيت منفردة . ما أفلحت في خلقه .

ودعامة هذه النظرية هي الفكرة العتيقة البالية التي تصور الالتزام رابطة بين شخصين ، الدائن والمدين . فإذا كان الالتزام رابطة بين شخصين ، فكيف لإرادة أحدهما ، دون إرادة الآخر ، أن تنشأ ! وإذا جاز أن نسمح للإرادة أن تحمل صاحبها عبء الالتزام . أى أن تجعل منه مديناً ، فكيف لها أن تفرض على آخر أن يكون هو المستفيد من هذا الالتزام ، أى يصير به دائناً !

#### ٣٤٨ — النظرية الألمانية :

تبشر النظرية الألمانية بأنه لا يوجد ، في المنطق القانوني ، ثمة ما يمنع من أن ينشأ الالتزام بإرادة المدين المنفردة . فالشخص ، كأصل عام ، حر في أن يجعل نفسه بالدين الذي يرتضيه . وليس معنى ذلك بالضرورة أن من ثبت لمصلحته هذا الدين يجبر على قبوله ، فالشخص لا يرغم على أن يكسب حقاً لا يتغنيه . كل ما هنالك أن يكون الحق قد ثبت في ذمة المدين ، ثم جاء



الدائن فرفضه . وقد قامت النظرية الألمانية متأثرة بالنزعة الموضوعية في الالتزام . وقد استهدفت أساساً تغطية بعض الحاجات العملية ، لاسيما حالة الوعد بجائزة الذي يوجه للجمهور عن أداء عمل معين . وقد ساعد في قيام هذه النظرية أن التقاليد الجرمانية ، بخلاف التقاليد الرومانية ، لا تقف عقبة في سبيلها .

٣٤٩ — هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان . في القانون المعاصر . تحديد دور الإرادة المنفردة . باعتبارها مصدراً للالتزام . ويبدو لأول وهلة ، أن الخلاف بينهما جد كبير . وهو كذلك بالفعل . بالنسبة إلى الأساس القانوني العلمي الذي تقوم عليه كل منهما . ولكننا إذا اقتصرنا على النتائج العملية المترتبة على إعمالها في مهديهما ، أي تحت ظل كل من القانونين الفرنسي والألماني ، وجدناهما تقرّبان إلى حد كبير : بحيث يكاد الفارق بينهما أن يكون نظرياً ، لا يتجاوز مجرد التأسيس القانوني .

فن ناحية النظرية الفرنسية . فإنه مهما قيل من أن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تخلق بذاتها وبمجردة الالتزام ، إلا أن هناك . من الناحية العملية . حالات ينبغي فيها القول بوجود الالتزام . ومن أبرز تلك الحالات . الإيجاب المقترن بميعاد يتحدد للقبول . والوعد بجائزة موجه للجمهور . ولم يكن ثمة بد : أمام ضغط الحاجات العملية . من أن يقول الفرنسيون بوجود الالتزام في مثل هاتين الحالتين . كل ما هنالك أنهم لم يؤسسوا نشأته على الإرادة المنفردة ، ولكنهم رددوه إلى العقد .

فبالنسبة إلى الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول : قال الفرنسيون إن الموجب يتحمل بالترام يفرض عليه الإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . ولكنهم لم يردوا هذا الالتزام ، في نشأته ، إلى إرادة الموجب المنفردة ، وإنما إلى عقد قائم بينه وبين الموجب له ، اعتباراً بأن الموجب ، حينما يعرض على آخر صفقة ما ، ويترك له أمر التدبير فيها إلى أجل معلوم ، يقدم له إيجابين ، وليس واحداً . أما الإيجاب الأول ، فهو يرد بالنسبة إلى الصفقة ذاتها ، البيع مثلا . وأما الإيجاب الثاني ، فوُده أن يلتزم الموجب



بالإبقاء على عرض الصفقة خلال الأجل المضروب . وهذا الإيجاب الثاني يقبل في الحال . إذ هو يتمحض عن مجرد نفع للموجب له ، فعدم التصريح منه برفضه يحمل منه محمل القبول . إذ السكوت يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول ، إذا كان الإيجاب قائماً عن نفع محض لمن وجه إليه ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه . وهكذا يصل الفرنسيون إلى أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول يحمل صاحبه بالالتزام بالإبقاء عليه ، طوال المدة المحددة له . وأن أسسوا هذا الالتزام ، في نشأته : على العقد . وبذلك يصبح الخلاف بين القانون الفرنسي ، وبين النزعة الأخرى التي تؤسس الالتزام على إرادة الموجب المنفردة ، مجرد خلاف نظري لا يتجاوز التأصيل القانوني .

وبصدد الوعد الموجه للجمهور بجائزة تعطى عن عمل معين . والذي يرد عادة في الإعلانات التي تلصق على الجدران : أو تنشر في الصحف . أو تذاع بغير هذا وذاك من طرق الإعلام . فإنه من المتفق عليه في فرنسا : فقهاً وقضاءً ، أن الواعد يتحمل بالالتزام بمنح الجائزة لمن يؤدي العمل المطلوب ، حتى إذا كان قد أداه بغير نظر إلى الجائزة ، بل حتى لو كان قد أداه على جهل منه بحصول الوعد بها . والفرنسيون ، هنا أيضاً ، يؤسسون الالتزام على العقد ، اعتباراً بأن الوعد بالجائزة لإيجاب بها ، بصادفه القبول ممن يؤدي العمل<sup>(١)</sup> . وهذا التأصيل لا يصادف كبير صعوبة إذا كان من أدى العمل المطلوب على علم بالجائزة ، وأداه ليحصل عليها . ولكن الصعوبة تنور ، إذا كان الشخص قد أدى العمل ، بغير نظر إلى الجائزة ، وعلى الأخص إذا كان قد أداه على جهل بالوعد بها . ومع ذلك فالفرنسيون لم تستوقفهم هذه الصعوبة . فلبجأوا إلى القول هنا بإفراض حصول القبول ممن أدى

---

(١) وقد أقرت محكمة النقض المصرية ( نقض ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢ ) النظرية الفرنسية في خصوص وعد بجائزة أعلى في ظل قانوننا القديم ، وهو وعد وزارة الداخلية بإعطاء مكافأة مقدارها خمسة آلاف جنيه لمن يدل بمعلومات تؤدي إلى معرفة قاتل أمين عثمان . وأدى بها ذلك إلى القضاء بعدم أخية من أدل بذلك المعلومات في المكافأة ، تأسيساً على أنه أدل بها قبل إعلان وعد الحكومة بالمكافأة ، الأمر الذي يمنع عمله من أن يهضر قبولاً لإيجاب الحكومة بالمكافأة ، اعتباراً بأن القبول يلحق بالإيجاب ولا يسبقه .



الفعل <sup>(١)</sup> . وهو افتراض بادی الاصطناع ، في الواقع .

وهكذا يصل الفرنسيون إلى تقرير إلزام الوعد بجائزة على أساس العقد .  
وتصبح النتيجة العملية ، في هذا الصدد واحدة في فرنسا ، وفي البلاد التي  
تأخذ بالإرادة المنفردة كصدور للالتزام ، أو تكاد تكون واحدة . فالفارق  
الوحيد ، من الناحية العملية ، هو أن الالتزام : إذا بقي على الإرادة المنفردة  
ينشأ من تاريخ صدورهما ، أو على الأقل إعلانها . في حين أنه لو أسس على  
العقد ، ما تيسر القول بوجوده إلا من التاريخ الذي ثبت فيه صدور قبوله ،  
أو في الأقل من التاريخ الذي يفترض فيه صدور هذا القبول . مما سبق يظهر  
أن القانون الفرنسي . وإن كان لا يأخذ بالإرادة المنفردة كصدور منشيء  
للتزام ، إلا أنه يسلم بأهم النتائج العملية التي تسببها النظرية التي تقول  
بذلك ، وإن كان يردّها إلى أساس آخر ، هو العقد .

وإذا تركنا القانون الفرنسي إلى القانون الألماني ، وجدناه ، من ناحيته :  
وإن كان يسلم بالفكرة القائلة بعدم وجود ثمة ما يمنع ، من وجهة المنطق  
القانوني ، أن يتولد الالتزام عن الإرادة المنفردة ، إلا أنه . مع ذلك :  
لاحظ ، وبحق ، أنه لا يمكن أن يترك هذا الباب مفتوحاً على مصراعيه .  
دون ما ضابط . ذلك أنه ، في الكثير من الحالات ، لا نستطيع أن نتحقق  
بما إذا كانت إرادة الشخص في التحمل بالتزام معين هي إرادة جادة ونهائية .  
أم أنها إرادة صدرت من صاحبها اعتباطاً ، ومن غير أن يكون مصراً في  
الحقيقة عليها . من أجل ذلك لم يجعل القانون الألماني ، من الإرادة المنفردة  
مصدراً عاماً منطلقاً لإنشاء الالتزامات . بل جعل منها مصدراً محدوداً  
واستثنائياً . فهو لم يخول لها القوة في خلق الالتزام : إلا في الحالات الخاصة  
التي يحددها هو ، وعلى سبيل الاستثناء <sup>(٢)</sup> .

(١) وقد تأثرت مدونة الالتزامات والمقررة المغربية بهذه الفكرة وقتنتها ، في المادة ١٥  
منها ، التي جاءت تقول بأن الوعد الذي يعطى : عن طريق الإعلانات أو غيره من وسائل الإعلان  
يمنح جائزة لمن يمشي على شيء ضائع ، أو لمن يجري عملاً معيناً ، يعتبر أنه قد قبل من يجد الشيء أو  
يجري العمل ، حتى لو حصل منه ذلك على غير علم بالوعد . ويلتزم صاحب الوعد ، من ناحية  
بأداء الالتزام الموعود به .

(٢) وفي ذلك تقضى المادة ٣٠٥ من القانون الألماني بأن إنشاء الالتزام ، عن طريق التصرف  
القانوني ، لا يكون إلا بمقتضى عقد ، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك .



### ٣٥٠ - الإرادة المنفردة في القانون المصري :

لَمْ يتضمن قانوننا المدني المصري أى نص يقرر اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً لنشأة الالتزام . ومع ذلك فقد أورد عنوان « الإرادة المنفردة » ، مخصصاً لها فصلاً قائماً بذاته ، هو الفصل الثاني من الباب الأول المخصص لمصادر الالتزام ، على نفس المستوى مع العقد الذى أفرد له الفصل الأول ، ومع العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، حيث أورد أحكامها في الفصل الثالث والرابع والخامس على التوالي . وكل ما أورده المشرع في الفصل الثاني المعنون « الإرادة المنفردة » هو مادة وحيدة تعرض في إيجاز شديد يصل إلى حد الاقتضاب للوعده بجائزة للجمهور . وكان المشروع التهنيدى قد بدأ الفصل المخصص للإرادة المنفردة عمادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام ، شريطة أن يثبت التصرف الذى تقيمه بالكتابة ، وتلك هي المادة ٢٢٨ . وقد حذفت هذه المادة ، علولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة . واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً<sup>(١)</sup> .

وكان من شأن هذا السلوك من مشرعنا أن ثار الخلاف في الفقه حول ما إذا كانت الإرادة المنفردة تعتبر مصدراً منشأً للالتزام أم لا تعتبر . وقد أنكر الأستاذ السهورى عليها ذلك ، راداً الالتزامات التى تعزى نشأتها إليها إلى القانون مباشرة<sup>(٢)</sup> . وذلك في حين أن باقى فقهاءنا أجمعوا على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً منشأً للالتزام . وإن كان مصدراً محدوداً بالحالات التى يأذن لها فيها القانون نفسه بإنشاء الالتزام بمقتضى نص خاص<sup>(٣)</sup> . والحقيقة أن القانون لا يعتبر أبداً مصدراً مباشراً للالتزام . فهو يتزوى دوماً إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر ، وإن ساد القول في الفقه على

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ من ٢٣٨ في الهامش .

(٢) راجع : السهورى ، الوسيط ج ٢ نيف ٩٠٧ و ٩٠٨ .

(٣) انظر : حشمت أبو متيت ، المراجع السابق نيف ٦٣٧ - أنور سلطان ، المراجع السابق نيف ٣٩٢ - عبد المنعم الصمد ، المراجع السابق نيف ٣٨٩ - جمال الدين زكى ، المراجع السابق ٢٣٠ .



غير ذلك ، على نحو وصل من الشيوخ حداً جملة بطرق أسمعنا على اعتبار أنه حقيقة مسلمة ، في حين أنه لا يعلو أن يكون قولاً خادعاً . فالقانون لا يقرر أبداً إنشاء الالتزام بطريق مباشر ، وإنما هو يعلق نشأته دوماً على حدوث واقعة يحددها ، بالمعنى الواسع لاصطلاح « الواقعة » ، أى سواء أكانت قائمة على الإرادة أم على مجرد وقوع فعل . ففي مجال العقد ، مثلاً ، يعلق القانون نشأة الالتزام على توافق الإرادتين ، فيتروى بذلك إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر ، لتبرز واقعة توافق الإرادتين باعتبارها المصدر القريب المباشر لنشأة الالتزام . وكذلك الشأن في الإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع . بل إن الالتزامات التي تعزى عادة نشأتها إلى القانون باعتباره مصدرها ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بالضريبة والتزامات الجوار ونحوها ، لا تعدو الحقيقة التي نقول بها . فالقانون فيها أيضاً لا يعلو أن يكون مصدرًا غير مباشر . أما مصدرها المباشر ، فهو ذات الواقعة التي يرتب القانون نشأة الالتزام على حدوثها ، كواقعة الزوجة أو القرابة بالنسبة إلى الالتزام بالنفقة : وواقعة الكسب بالنسبة إلى الالتزام بدفع الضريبة للدولة ، وواقعة الجوار بالنسبة إلى ما يطلق عليه عادة التزامات الجوار . وكان حرياً بالفكر القانوني .

لولم أن التزم المنطق السليم في بيان مصادر الالتزام ، أن يجعل واقعة الزوجية أو القرابة وواقعة الكسب وواقعة الجوار وغيرها من كافة الوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها نشأة الالتزام على نفس المستوى مع العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، باعتبار هذه الوقائع كلها تتمثل المصدر المباشر لنشأة الالتزام ، لا أن نضع مكانها القانون نفسه ، الذي لا يعلو أن يكون المصدر البعيد غير المباشر ، تماماً كما هو المصدر البعيد غير المباشر في مجال العقد والفعل الضار والفعل النافع . ولكن تعدد الوقائع التي تنشأ الالتزامات في غير مجال هذه المصادر الأخيرة وتباينها ، إلى حد يتعذر معه حصرها . جعل مستحيلاً على الفكر القانوني أن يسردها ، وهو بصدد بيان مصادر الالتزام وتقسيمها : جامعاً بينها تحت اصطلاح « القانون » ، وإن كان لا يوجد بينها في الحقيقة جامع على الإطلاق . اللهم إلا إذا كان ذلك



هو تنوعها وتشعبها إلى حد يتعذر معه تأصيلها ، مع قلة أهميتها النسبية بمقارنتها مع العقد والفعل الضار والفعل النافع .

وإذا كان ماسبق ، وكانت الالتزامات التي تعزى نشأتها إلى الإرادة المنفردة تشترك كلها في الأساس الذي تقوم عليه . وهو قيامها على الإرادة الواحدة من شخص بعينه ، وبعبارة أخرى على التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، وإن اختلفت بعد ذلك في الأحكام الأخرى ، فإنه يكون من الأخلق أن نردها في نشأتها إلى أصلها العام المشترك . أى إلى الإرادة المنفردة . الأمر الذي ينهض بالإرادة المنفردة إلى مرتبة المصدر المنشئ للالتزام . وهذا الذي وصلنا إليه لا يتناقى أبداً مع النهج الذي اتبعه المشرع . بخلاف ماذهب إليه الأستاذ السهورى ، بل يتوافق معه ويتجاوب . فإذا كان صحيحاً أن المشرع لم يخص الإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام بأى نص يصرح لها بهذه السلطة ، إلا أنه اتخذها عنواناً لفصل قائم بذاته من الفصول التي خصص كلا منها لمصدر من مصادر الالتزام . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن هذا الوضع اقتضاه في المشروع التمهيدى ما يبدأ به الفصل المخصص للإرادة المنفردة من إيراد مادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام ( المادة ٢٢٨ ) ، وأن هذه المادة حذفت ، فأصبح الشكل بخلفها غير متفق مع المضمون (١) . إذ أن حذف هذه المادة ، كما أفصحنا الأعمال التحضيرية : لم يجر إلا لمنع الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً منطلقاً . بمعنى أن تنشئ الالتزام في جميع الحالات أياً ماكانت ، على النحو الذي يفعله العقد والفعل الضار والفعل النافع . ولتقتصر على إنشاء الالتزام في الحالات الخاصة التي يأذن لها فيها القانون نفسه بذلك ، أو اكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً ، كما قالت الأعمال التحضيرية (٢) . بل إن هذا الذي جاءت به الأعمال التحضيرية

(١) انظر : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٩٠٧ و ٩٠٨ . ويرجع القبح الكبير بقوله الفصل الثاني من الباب المخصص لمصادر الالتزام والذي يحمل عنوان : الإرادة المنفردة ، بعد حذف المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى إلى خطأ اللجان المتعاقبة التي نظرت المشروع .  
(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٨ في الهامش .



واتخذ سبباً لحذف المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيلي هو الذى تمليه طبيعة الأمور ذاتها ، والذى تقول به بالفعل جميع القوانين التى تجعل من الإرادة المنفردة مصدراً منشئاً للالتزام ، وعلى رأسها القانون الألمانى الذى يعتبر ينبوع الملهم فى هذا الخصوص . فإطلاق أثر الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام ينسجم بمخاطرة بالغة . إذ قد تحيى تلك الإرادة اعتباراً أو فى عمرة انفعال ، من غير أن يكون صاحبها مستقراً فى الحقيقة عليها بعزم أكيد . ومن ثم لزم أن يقيد دورها فى إنشاء الالتزام على الحالات الخاصة التى يضمن فيها القانون أن تحيى على نحو ثابت ومستقر . وهذا مادعا القانون الألمانى إلى تقييد مهمة الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام وقصرها على الحالات الخاصة التى يأذن له هو نفسه بذلك بنص خاص يتضمنه <sup>(١)</sup> . وعلى نهج القانون الألمانى سارت القوانين الأخرى التى اتبعت <sup>(٢)</sup> .

وهكذا نخلص إلى أن الإرادة المنفردة تعتبر : فى ظل قانوننا المصرى ، مصدراً منشئاً للالتزام . ولكنها تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً . حيث إنها تقتصر ، فى إنشاء الالتزام ، على الحالات الخاصة التى يصرح لها فيها القانون نفسه بذلك . وبالشروط التى يقررها . بل إن الإرادة المنفردة لا تنفث فى دورها الضيق المحدود ، على إنشاء الالتزام ، بل إنها تلعب نفس الدور . وفى نفس الحدود ، بالنسبة إلى تعديل التزام قائم أو إنهائه . فليس لها أن تفعل أى شئ مما سبق إلا إذا أذن لها به القانون . وفى حدود ما يأذن فيها .

والإرادة المنفردة ، إذ تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً لإنشاء الالتزام . فإنها تختلف اختلافاً جلياً عن العقد والفعل الضار والفعل النافع ، حيث يمثل كل منها مصدراً عاماً منطلقاً وشاملاً . بمعنى أنه ينشئ الالتزام كلما توافرت له مقومات وجوده ، ومن غير أن يتقيد بحالة أو بأخرى .

---

(١) تنص المادة ٣٠٥ من القانون الألمانى بأن إنشاء الالتزام وتعديله عن طريق تصرف قانونى لا يكون إلا بمقتضى عقد بين ذوى الشأن ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

(٢) انظر فى ذلك من قوانين بلادنا العربية : المادة ١/١٨٤ - عراق ، والمادة ٢٥٠ من القانون الأردنى ، والمادة ١/٢٢٠ من القانون الملقى الكويتى .



٣٥١ - وإن أخذ القانون للإرادة المنفردة في أن تنشئ الالتزام أو تعدله أو تنهيه ، فإنه يسرى على التصرف الذي تقيمه ، وتبهدف به ذلك الأثر . ما يسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، إلا ما كان من تلك الأحكام متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة . وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد ، وبالقسخ والدفع بعدم التنفيذ .

فأحكام نظرية العقد التي تضمنها القانون المدني في المواد من ٨٩ إلى ١٦١ لا تسرى ، كأصل عام ، على العقد وحده ، وإنما تسرى أيضاً على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ، مع استثناء ما يعارض من تلك الأحكام مع طبيعة هذا التصرف الأخير من حيث إنه يقوم على إرادة واحدة . وهكذا فالتصرف الصادر بالإرادة المنفردة يلزم أن يقوم على ذات الأركان الثلاثة التي يقوم عليها العقد : وهي الرضا والمحل والسبب ، كما تسرى عليه بوجه عام الأحكام المتعلقة بالأهلية وبيعوب الرضا <sup>(١)</sup> . وتلك المتعلقة بالإبطال أو الإبطال ، وغير ذلك كله من أحكام القانون التي لا تتناقض مع فكرة الإرادة الواحدة . صحيح أنه لا يوجد نص في القانون يصرح بهذا الحكم <sup>(٢)</sup> . ولكن القواعد القانونية العامة تقتضيه وتحتمه . اعتباراً بأن التصرف الصادر من جانب واحد لا يعلو أن يكون ثمرة الإرادة وإن كانت منفردة ، في حين أن العقد هو بدوره ثمرة الإرادة المزدوجة . فكان الفارق يكمن في الانفرادية والازدواجية : وفي غيره تطبق أحكام العقد على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة على سبيل القياس .

---

(١) انظر نقض مدني فرنسي ١٩٧٠/٢/٩ ، Bull. civ. ج ١ رقم ٤٧ ص ٢٨ وتعليق Loussoarn - نقض باريس ١٩٤٨/٥/٢٤ ، دالوز ١٩٤٨ - ٥١٧ وتعليق Lerouan ومفتشور أيضاً في سيري ١٩٤٩ - ١ - ١٠٢ مع تعليق Delaume .

(٢) وقد جاءت المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى بقضى ، في فقرتها الثانية ، بأن التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ( اطلقت عليه النوع الصادر من جانب واحد ) تسرى عليه « الأحكام الخاصة بالعقود » ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام . وقد حذفت هذه الفقرة ضمن حذف المادة بأكملها ، لا عزوفاً عن حكمها ولكن رغبة في تقييد دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام بالحالات المنصوص عليها في القانون وحدها .



٣٥٢- وإذا كانت الإرادة المنفردة ، كما سبق لنا أن قلنا ، لا تستطيع أن تنشئ الالتزام إلا في الحالات الخاصة التي يأذن لها به القانون ، فإن أهم تلك الحالات في مجال القانون المدني تتمثل في الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، وفي الوعد بجائزة للجمهور <sup>(١)</sup> . وقد سبق لنا أن عرضنا للحالة الأولى ، ونجتزئ هنا بتناول الحالة الثانية ، وذلك فيما يلي :

### ٣٥٣- الوعد بجائزة للجمهور :

الوعد بجائزة للجمهور نظام قانوني مؤداه أن يوجه شخص للناس عامة وعداً يقطعه على نفسه ويعلمه عليهم : وذلك بإعطاء جائزة معلومة لمن ينجز عملاً معيناً : كتحقيق مبلغ من النقود : أو أى شيء آخر : لمن يكتشف دواء لمرض عضال . أو يعثر على شيء مفقود أو على حيوان ضال ، أو يسلط معلومات تؤدي إلى معرفة مرتكب جريمة معينة <sup>(٢)</sup> . فيلتزم بأداء ما وعد لمن قام بالعمل ، حتى لو كان قد قام به من غير نظر للجائزة : أو حتى على غير علم بها .

وإذا كان الفكر الإنساني قد عرف منذ القدم نظام الوعد بجائزة الموجه للجمهور . إلا أن من السمات الحضارية لمصرنا ، لاسيما في أوروبا وأمريكا ، توجيه هذا النظام إلى جلائل الأعمال التي تعود بالنفع والخير والسلام على البشرية جمعاء : كالوعد بجائزة لمن يكتشف دواء لمرض خطير : أو لمن يصل إلى اختراع مفيد ، أو إلى من يوفق إلى إنتاج أدبي أو علمي فذ ، أو إلى من يؤدي عملاً من شأنه أن يعزز السلام والوثاق على الأرض ويبعد عنها

---

(١) ومن أهم الحالات التي تقوم فيها التصرفات على الإرادة المنفردة خارج نطاق القانون المدني ، على نحو ما هو عليه في بلادنا ، بل أهمها على الإطلاق في كل مجالات القانون بمقتضى الشامل ، الوصية .

(٢) راجع نكض ١٩٦١/٣/٣٠ مجسوة النكض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢ السابقة الإشارة إليه .



كوارث الحروب وويلات القتال . وما جائزة نوبل Nobel <sup>(١)</sup> إلا مجرد مثال وإن كان حقاً مثالا رائعاً فذاً وعلاقاً .

وتوجيه نظام الوعد بجائزة لجلائل الأعمال هو الذى يفسر لنا اهتمام القانون به فى وقتنا الحاضر فى كثير من البلاد الراقية . وهو السبب الذى دعا قانوننا المدنى إلى أن يهتم به بدوره . فذكره وحده فى الفصل الثانى من الباب الأول ، وهو الفصل المخصص للإرادة المتفردة ، وإن كان قد نخصه بمادة يتيمة تعتمد فى الواقع عن تنظيمه على نحو كامل شامل ، وهى المادة ١٦٢ .

#### ٣٥٤ — مميزات الوعد بجائزة للجمهور

لعل من أهم ما يميز به الوعد بجائزة موجه للجمهور الخصائص الآتية :

١ — الوعد بجائزة موجه للجمهور هو تصرف صادر من جانب واحد . فهو قائم على إرادة الواعد وحدها ، ولا دخل ، بالنسبة إلى ذات قيامه ، لإرادة أى شخص آخر ، حتى ذلك الذى ينجز العمل الموعود بالجائزة . من أجله . ويترب على ذلك أن الجائزة تثبت لمن يقوم بالعمل ، حتى لو كان ، عند إنجازها إياه ، غير عالم بالوعد . بل حتى لو لم يعلم به أبداً (المادة ١٦٢/٣١) ، كما إذا مات قبل منح الجائزة ، حيث يكون منحها حينئذ لورثته ، اعتباراً بأنهم قد خلفوه فيها ، وتلقوها تركته عنه .

٢ — الوعد بالجائزة هو وعد موجه للجمهور الناس عامة ، وليس موجهاً لشخص بعينه . فإذا وجه الوعد لشخص معين ، تمثل إيجاباً له من الواعد ، حتى إذا ما قبله صراحة أو دلالة ، قام العقد بينهما . أمام الوعد بالجائزة الموجه للجمهور ، فهو ليس إيجاباً لأحد . وإنما هو يلزم صاحبه بمجرد

---

(٢) نوبل عالم سويدي ، ولد فى استوكهولم (١٨٣٣ - ١٨٩٦) ، وتوصل إلى اختراع الديناميت ، وكسب من اختراعه هذا أموالاً طائلة . وجاء ، وهو يحضر ، يكلم . مما يؤدى إليه اختراعه من أذى للبشرية . فرصد جزءاً كبيراً من أمواله لأغراض خيرية ، موصياً بمنح جائزة سنوية لصاحب أفضل الإنجازات العلمية والأدبية والإنسانية التى تعود بالنفع على نبي البشر .



وذاثة : إعمالاً لحض مشيئته ، تأميساً على الإرادة المنفردة (١) .

٣ - لا يقوم الوعد بالجائزة بمجرد التعبير عن إرادة صاحبه بما يقتضيه ، وإنما يلزم أن يقرن هذا التعبير بالنشر عنه نشرأ جماهيرياً يتناسب مع كونه موجهاً للجمهور . وإذا كان ذلك ، فإن أى سبيل من سبل الإعلام الجماهيرى يقع معتبراً ، فسواء أن ينشر الوعد فى الصحف ، أم عن طريق الإذاعة أو التلفزيون ، أم عن طريق اللصق على الجدران ، أم عن طريق القراءة على الناس بعد الدق على الطبول ، أم بأى سبيل آخر من سبل الإعلام الذى ينتمى بالعمومية والشمول .

### ٣٥٥ - قيام الوعد بالجائزة :

يقوم الوعد بالجائزة بالتعبير عن إرادة صاحبه به ، وبالنشر عنه جماهيرياً بأى سبيل من سبل الإعلام ، على نحو ما بيناه منذ قليل .

فيلزم بادية ذى بدء ، أن يرتضى الواعد الوعد ، وأن يعبر عن إرادته به ، وفقاً للقواعد القانونية العامة التى تحكم وجود الإرادة والتعبير عنها وصحة الرضاء من حيث الأهلية وغيوب الرضاء . فالوعد بالجائزة تصرف إرادى كالعقد ، وإن اختلف عنه بأن الإرادة فيه منفردة وليست مزدوجة .

وإذا كان رضاء الواعد بوعده أمراً حتمياً لا مناص عنه ، فهو وحده ليس بكاف . فثمة أمر جوهرى آخر ليس عنه غناء لاعتبار الوعد بالجائزة قائماً . ويتمثل هذا الأمر الآخر فى النشر الجماهيرى عن الوعد بالجائزة .

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ ، طعن ٢٩/٤٨٢ ق مجموعة للنقض س ٢٨ ص ٥١١ رقم ٩٧ . وتتحصل واقعات الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن أشخاصاً أقروا لهاميم بنسبة مية عما يقضى لهم به فى دعوى مية كأتساب ، وذلك فى ظل قانون المالملة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، الذى كان يحظر تحديد الأتساب على هذا النحو ، فجاء الهامى ، هروباً من هذا الخطر ، بحاج بأن الأمر ليس تحديداً للأتساب ، وإنما هو وعد بمجازرة يخضع لحكم المادة ١٦٢ مدنى . ولم تتجاوب معه فى ذلك محكمة النقض ، مقررة بحق أن الوعد بالمجازرة لا يكون إلا إذا وجه للجمهور . فلا يمكن لتعليقه أن يوجه الوعد إلى شخص بعينه ، حيث يمثل الوعد هنا إيجاباً من شأنه أن ينهض إلى مرتبة العقد إذا ارتبط به القبول .



الذى يدونه لا يعتبر الشخص قد وجه للجمهور وعداً بالجائزة على نحو ما تتطلبه المادة ١/١٦٢ . فإذا ثبت أن شخصاً ما قد أراد ، في وقت محدد ، رصد جائزة تعطى لمن ينجز عملاً معيناً ، من غير أن ينشر إرادته هذه على جماهير الناس ، فإن التزامه باعطاء الجائزة لا يقوم أصلاً .

وعلة وجوب النشر الجماهيرى للوعد تتمثل في أمرين ، فمن ناحية أولى ، تقتضى طبيعة وعدنا ذاتها ذلك النشر عنه . فما دام هو موجه للجمهور ، فإنه ينبغي أن تتاح له أن يعلم به . ومن ناحية ثانية ، يمثل النشر الجماهيرى للوعد دليلاً على أن صاحبه قد عزم النية عليه عزمياً نهائياً ، وأنه لم يكن وليد مجرد فكرة عفوية طارئة ، آتته في غمرة من حماس آتى موقوت .

وإذا قام الوعد بالجائزة ، فإنه يقوم عدداً بالشروط التى ارتضاها الواعد ، والتى أعلنها للجماهير بنشرها عليهم . كما أنه يقوم للأجل الذى ضربه له الواعد ، ونشره على الناس ، إن ضرب ليقائه أجلاً معلوماً .

### ٣٥٦ - الرجوع عن الوعد :

يختلف الحكم ، بالنسبة للرجوع في الوعد ، باختلاف ما إذا كان الواعد قد حدد لوعده ، أجلاً ، أم لم يحدد . فإذا كان الأمر الأول ، امتنع على الواعد الرجوع في وعده الذى يبقى قائماً وملزماً إياه طوال الميعاد الذى حدده ، ولكنه يسقط بذات نفسه بمجرد فوات هذا الميعاد ، دون إخلال بالحق في الجائزة لمن أنجز العمل خلاله بطبيعة الحال (١) .

أما إذا لم يحدد الواعد ميعاداً لوعده ، ساغ له أن يرجع عنه في أى وقت يشاءه . بشرط أن يضمن رجوعه إعلانياً يذيعه على جماهير الناس على الوجه الإعلامى الذى تم عليه ذاته ، أو على أى وجه آخر مشابه في أثره .

وإذا رجع الواعد عن وعده ، حالة تكون ذلك سائفاً قانوناً ، فإنه لا يكون لرجوعه أثر إلا من تاريخ إعلانه للجمهور على النحو المعتبر قانوناً .

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال



ولا يؤثر من ثم في الحق في المكافأة لمن يكون قد أنجز العمل المطلوب قبل ذلك (المادة ١٦٢/٢).

فإذا لم يكن أحد قد أنجز العمل قبل رجوع الواعد عن وعده على النحو المعترف قانوناً ، كان لمن بدأه قبل ذلك دون أن يتمه ، مطالبة الواعد بقيمة ما أنفقته من المصروفات وما بذله من جهد ، إذا أثبت أنه كان من المتيسر له أن يتم العمل في وقت مناسب ، يخضع في تقديره لقاضي الموضوع ، وبشرط ألا يزيد ما يطالب به عن قيمة الجائزة<sup>(١)</sup>.

### ٣٥٧ - أثر الوعد بالجائزة :

الوعد بالجائزة ، إذا توافرت له مقومات وجوده التي بينها ، ينشئ على الواعد التزاماً بإعطاء الجائزة الموعود بها لمن ينجز العمل المطلوب ، وذلك وفقاً للشروط التي يتضمنها الوعد . وتستحق الجائزة لمن ينجز العمل ، حتى لو كان قد أنجزه دون نظر إليها ، أو حتى على غير علم بها . وفي كل ذلك ، تنص المادة ١/١٦٢ بأنه : ١١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها

(١) راجع المذكرة الإيضاحية ج ٢ ص ٣٤٠ . وقد جاء فيها أنه « إذا كان قد بدأ في تنفيذ هذا العمل ( الموعود بالجائزة من أجله ) ، دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفقته ، على أن لا يتجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ... » . ويلاحظ هنا أن المذكرة الإيضاحية ترجع أساس التزام الواعد عند عدوله ، حالة أن العمل قد بدأ فيه من قبل من غير أن ينجز ، إلى المسؤولية التقصيرية . وهذا منها غير سليم . فالالتزام الواعد يقوم هنا أيضاً على أساس وعده ، اعتباراً بأن الملوم عن هذا الوعد لا يكون له أثر إلا المستقبل . ثم إن مقتضى المسؤولية التقصيرية أن يكون الواعد قد أخطأ برجوعه عن وعده ، في حين أن ذلك حق ثابت له بمقتضى القانون نفسه ( المادة ١/١٦٢ ) . وانظر في نفس اتجاه المذكرة الإيضاحية : السبوري ، المرجع السابق نوبة ٩١٥ . ويرى الأستاذ الكبير بدوره أن أساس الالتزام في الحالة التي نحن بصدها هو المسؤولية التقصيرية ، وينشئ على ذلك تقادم الدعوى به بنفس المدة التي تقادم بها دعوى التسويض الناشئة عن تلك المسؤولية ، وهو في الأصل تقادم ثلاث سنين ( المادة ١٧٢ ) . وهذا من شأنه أن يؤدي بنا إلى تناقض عجيب . ففي حين تقادم دعوى المطالبة بالجائزة عند إتمام العمل بستة أشهر من تاريخ إعلان المدول لجمهور بنص المادة ٢/١٦٢ ، لا تسقط تلك الدعوى عند عدم الإتمام إلا بثلاث سنوات على نحو ما تنص به المادة ١/١٧٢ .



عن عمل معين ، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة ، أو دون علم بها .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض في النص السابق ولا في غيره . على نحو صريح ومباشر ، للحالة التي ينجز فيها العمل قبل الإعلان عن الوعد ، فهل يستحق من قام بالعمل هنا الجائزة أم لا يستحقها ؟ والرأى عندي أن الجائزة تستحق حتى في هذه الحالة ، ما لم يتضمن الوعد ما يخالف ذلك . أو كانت ظروف الحال تقضيه . ذلك أن روح نظام الوعد بجائزة تفرض النظر الذي ارتأيناه . فالذي يهم الواعد ودفعه إلى أن يقطع الوعد على نفسه هو إنجاز العمل المبغى . وسيان عنده أن يكون هذا العمل قد أُنجز قبل إعلان وعده أم بعده . وما دام هو في إعلانه الوعد لم يقصر الجائزة على من ينجز العمل مستقبلاً ، صراحة كان منه ذلك أم ضمناً ، فتفسر إرادته على أنه قصد من الوعد أن يغطي المستقبل والماضي على سواء . ثم إن مقتضى نص المادة ١/١٦٢ بأن ثبوت الحق في الجائزة لمن يجرى العمل ، « ولو قام به دون نظر إلى الجائزة » ، وعمومية هذه العبارة ، تمكن لها من أن تغطي من ينجز العمل قبل إعلان الوعد . فذاك الشخص ، على أي حال ، قد أُنجز العمل دون نظر إلى الجائزة . وفضلاً عن ذلك كله ، فالأعمال التحضيرية تؤيد الرأى الذى تخيرناه <sup>(١)</sup> .

ولا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على إعطائها لمستحقها ثبوت حق للواعد في ثمرة العمل ، ما لم تتضمن شروط الوعد غير ذلك . فالجائزة تعطي نظير أداء العمل ذاته . فهي لا تتمثل بمقابل ثمرته . ومن ثم يكون الحق في هذه الثمرة أو في الاستفادة منها لمن قام بالعمل . فلو أن شخصاً وجه ، مثلاً ، للجمهور وعداً بإعطاء جائزة لمن يكتشف دواء لمرض معين ، ووصل أحد من الناس إلى اكتشافه ، واستحق الجائزة من أجله ، ودفعت له

---

(١) راجع قرار لجنة مراجعة المشروع التمهيدى في خصوص المادة ٢٢٩ منه ، الذى جاء فيه ، تديريراً للتعديل الذى أجرى على النص ، ما يأتى : « ... والقصد من هذا التعديل أن تشمل الفقرة الأولى الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها لجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد » : راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٤٥ .



بالفعل ، فإن الواعد لا يصير بمجرد ذلك صاحب حق في الاختراع ، وإنما يكون هذا الحق ، سواء في جانبه الشخصي أم في جانبه المالى ، للمخترع نفسه ، وذلك ما لم يتضمن شروط الوعد ما يخالفه (١) .

ولم يعرض المشرع في النص اليم الذى أفرده للوعد بمجازة الموجه للجمهور . وهو نص المادة ١٦٢ ، لمسائل كثيرة مما يمكن لها أن تثار في خصوص هذا الموضوع ، نذكر منها الحالة التى ينجز فيها العمل من أكثر من واحد . والحالة التى يشترك فيها أكثر من شخص في إنجاز العمل ، والحالة التى تمنح فيها الجائزة لأحسن عمل ينجز . ولأمر من ترك هذه الأمور ونحوها لفظة القضاء ، يقصل فيها على هدى من إرادة الواعد والقواعد القانونية العامة .

### ٣٥٨ - تقدم الحق في الجائزة :

نصت المادة ١٦٢ / ٢ على أنه ، في حالة عدول الواعد عن وعده ، تسقط دعوى المطالبة بالجائزة ، إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور . فلا صعوبة إذن في حالة العدول عن الوعد . إذن دعوى المطالبة بالجائزة تسقط بفوات ستة أشهر من تاريخ إعلان هذا العدول للجمهور من غير أن ترفع قضاء . والمدة هنا مدة سقوط للدعوى ذاتها ، فهي لا تقبل وقفاً ولا قطعاً .

وإذا كان المشرع قد عرض لسقوط دعوى المطالبة بالجائزة في حالة العدول عن الوعد بها ، فهو لم يتناول أصلاً أثر فوات الزمن على الحق في الجائزة في غير تلك الحالة . وإذا كان ذلك ، وكان السقوط بفترة بالغة القصير هي ستة أشهر يتمثل حكماً استثنائياً لا ينبغى التوسع فيه ، فلا مفر من إخضاع الحق في الجائزة ، في غير حالة العدول عن الوعد ، للقواعد العامة ، والقول بأنه يتقدم بخمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ إنجاز العمل المطلوب .

ثم بحمد الله وتوفيقه

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ٢٢٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤١ ) ، وقد جاء فيها : « ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذى استحق الجائزة أو حقوق منته فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان » .



## فهرس تحليل

صفحة

١	تقديم الكتاب
٣	مقدمة

١ - تقسيم الحقوق المالية : ٢ - الحق العيني . ٣ - الحق الشخصي . ٤ - موضوع الحق لشخصي . ٥ - الحق الشخصي من زاوية الدائن حق ومن زاوية المدين التزام . ٦ - تناول الالتزامات في إطار نظرية عامة . ٧ - نظرية الالتزام في القانون المعاصر . ٨ - أحكام نظرية الالتزام تتميز بالاستقرار . ٩ - أهمية نظرية الالتزام . ١٠ - المذهب الشخصي والمذهب المادي وتأثيرهما في نظرية الالتزام . ١١ - اقتصار الكتاب على دراسة نظرية العقد والإرادة المنفردة .

### كلمة تمهيدية : الالتزام في ميلاده أو مصادر الالتزام . ٢٣

١٢ - المقصود بمصادر الالتزام . ١٣ - تمدد الوقائع التي تنشأ الالتزام . ١٤ - التقسيم التقني لمصادر الالتزام . ١٥ - عيوب التقسيم التقني . ١٦ - مصادر الالتزام إلى تنصرف القانون والواقعة القانونية . ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ - موضوع الكتاب . ٢١ - خطة دراسة نظرية العقد .

### باب تمهيدى : في التعريف بالعقد . ٣٣

٢٢ - مناج الباب . ٢٣ - تعريف العقد . ٢٤ - العقد والاتفاق . ٢٥ - فكرة العقد في الفقه الإسلامى . ٢٦ - أساس العقد . ٢٧ و ٢٨ - سلطان الإرادة في العقود . ٢٩ - نطاق العقد . ٢٨ - أهمية نظام العقد . ٢٩ - تفسيرات العقود : ٣٠ - العقود المسماة وغير المسماة . ٣١ - العقود الرضائية والشكلية والعينية . ٣٢ - عقود المعاوضات وعقود التبرع . ٣٣ - العقود الملزمة لجانبين ولجانب واحد . ٣٤ - العقود الفورية والمستمرة . ٣٥ - العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية . ٣٦ - العقود المدنية والعقود الإدارية . ٣٧ - تفسيرات العقود في الفقه الإسلامى . ٣٨ - العقود في الفقه الإسلامى ليست على سبيل الحصر .

### الباب الأول : قيام العقد . ٨٦

٣٩ - تحديد أركان العقد .

### الفصل الأول : الرضا . ٨٨

٤٠ - وجوب التفريق بين وجود الرضاء وصحة الرضاء .



صفحة

المبحث الأول : وجود الرضاء . . . . . ٨٨

٤١ - المقصود بالرضاء في العقد والأمور الواجبة لقيامه .

المطلب الأول : الإرادة . . . . . ٨٩

٤٢ - المقصود بالإرادة ومقوماتها . ٤٣ - اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني .

٤٤ - إثبات توافر الإرادة .

المطلب الثاني : التعبير عن الإرادة . . . . . ٩٣

٤٥ - وجوب التعبير عن الإرادة . ٤٦ - كيفية حصول التعبير عن الإرادة . ٤٧ - التعبير

الصريح والتعبير الضمني . ٤٨ و ٤٩ - هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

٥٠ - قيام التعبير عن الإرادة وانتاج أثره . ٥١ - إثبات اتصال التعبير بملمن يوجه .

اله . ٥٢ - المدول عن الإرادة . ٥٣ - أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة .

٥٤ - الاختلاف بين إرادة الحقيقة ومدلول التعبير عنها .

المطلب الثالث : توافق الإرادتين . . . . . ١١٩

٥٦ - خطوات توافق الإرادتين : ٥٧ - (أ) الإيجاب . ٥٨ - الإيجاب الموجه

لمجهور . ٥٩ - مقدمات الإيجاب . ٦٠ - الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم للموجب .

٦١ - التزام الموجب بالإيجاب عند إقراره بمبدأ القبول . ٦٢ - سقوط الإيجاب .

٦٣ - أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب . ٦٤ - (ب) القبول : ٦٥ - خيار قبول

الإيجاب أو رفضه . ٦٦ - إلى متى يصح صدور القبول ؟ ٦٧ - (ج) ارتباط القبول

بالإيجاب : ٨٦ إلى ٧٠ - (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد . ٧١ - (ب) التعاقد

بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين . ٧٢ - قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالبقاء عليه

في التعاقد بالمراسلة . ٧٣ - التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية . ٧٤ - تحديد زمان ومكان

التعاقد بالمراسلة . ٧٥ - التعاقد بالهاتف . ٧٦ - الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين .

٧٧ - أثر توافق الإرادتين في قيام العقد ولزومه على طرفيه . ٧٨ - (د) بعض صور

خاصة من توافق الإرادتين : ٧٩ - العقد الابتدائي . ٨٠ - الوعد بالمقد : ٨١ - التمييز

بين الوعد بالمقد وبين الإيجاب . ٨٢ - التمييز بين الوعد بالمقد وبين العقد الابتدائي .

٨٣ - أركان الوعد بالتعاقد . ٨٤ - أثر الوعد بالتعاقد . ٨٥ - التعاقد بالمربون :

٨٦ - دلالة المربون . ٨٧ - مباشرة خيار المدول في التعاقد بالمربون . ٨٨ - وقت

مباشرة خيار المدول . ٨٩ - الأثر المترتب على مباشرة خيار المدول . ٩٠ - أثر استحالة

تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالمربون . ٩١ - التعاقد بالمربون في الفقه الإسلامي .

٩٢ - التعاقد بالمزايدة : ٩٣ - المزايدة أو المناقصة داخل ظروفات . ٩٤ - التعاقد

بالمزايدة في الفقه الإسلامي . ٩٥ - التعاقد بالإذعان : ٩٦ - خصائص عقد الإذعان .



#### صفحة

٩٧ - الطبيعة القانونية لمقد الإذعان . ٩٨ - كيف يتم التعاقد بالإذعان ؟ ٩٩ - حماية الطرف المذعن : ١٠٠ - الحماية من الشروط التصفية . ١٠١ - تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن . ١٠٢ - النيابة في التعاقد : ١٠٣ - التصريف بالنيابة . ١٠٤ - أنواع النيابة . ١٠٥ - مجال النيابة . ١٠٦ - سلطة النائب . ١٠٧ - مقومات التعاقد بالنيابة : ١٠٨ - قيام النيابة . ١٠٩ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل . ١١٠ - إجراء التصرف باسم الأصل وحسابه . ١١١ - التعاقد بالتخصير أو بالاسم المستعار . ١١٢ - أثر علم إعلان النائب صفته . ١١٣ - التزام النائب حدود النيابة . ١١٤ - وجوب قيام النيابة عند التعاقد . ١١٥ - أثر النيابة . ١١٦ - انتهاء النيابة . ١١٧ - التعاقد مع النفس . ١١٨ - التفرقة بين النائب والرسول .

#### المبحث الثاني : سلامة الرضاء ٢٤٣ . . . . .

١١٩ - سلامة الرضاء تقتضي توافر الأهلية وخلو الرضاء من عيوبه . ١٢٠ - التفرقة بين وجود الرضاء وسلامته . ١٢١ - خطة البحث .

#### المطلب الأول : الأهلية ٢٤٤ . . . . .

١٢٢ - لزوم أهلية الأداء . ١٢٣ - الأصل هو توافر الأهلية . ١٢٤ - مجال إعمال أهلية الأداء . ٢٥ - أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية . ١٢٦ - مناهة الأهلية . ١٢٧ - تأثير الأهلية بالسلب . ١٢٨ - الولاية على مال القاصر : ١٢٩ - الولي الشرعي . ١٣٠ - سلطة الولي . ١٣١ - الوصي . ١٣٢ - سلطة الوصي . ١٣٣ - تجاوز الولي أو الوصي حدود سلطته . ١٣٤ - عوارض الأهلية : ١٣٤ مكرر - (أ) الجنون والمثمة . ١٣٥ - حكم تصرفات الجنون والمعتوه : ١٣٦ - قبل تسجيل قرار الحجر . ١٣٧ - بعد تسجيل قرار الحجر . ١٣٨ - (ب) السفه والغفلة . ١٣٩ - حكم تصرفات السفه وذو الغفلة قبل الحجر . ١٤٠ - حكم تصرفات السفه وذو الغفلة بعد الحجر . ١٤١ - الولاية على مال الجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة . ١٤٢ - (ج) ذو العاهات الجسدية . ١٤٣ - المحكوم عليه بعقوبة الجناية . ١٤٤ - إخفاء نقص الأهلية .

#### المطلب الثالث : عيوب الرضاء ٢٩٦ . . . . .

١٤٥ - تحديد عيوب الرضاء وخطة البحث .

#### أولاً : الغلط ٢٩٧ . . . . .

١٤٦ - تعريف الغلط . ١٤٧ - النظرية التقليدية في الغلط . ١٤٨ - النظرية الحديثة في الغلط . ١٤٩ - أحكام الغلط في القانون المدني المصري : ١٥٠ - شروط إعمال الغلط : ١٥١ - يلزم أن يكون الغلط جوهرياً . ١٥٢ - اتصال الغلط بالمصاقد الآخرة .



## صفحة

٢٥٣ - النلفظ في الواقع واللفظ في القانون . ١٥٤ - أثر اللفظ . ١٥٥ - عدم التمسك باللفظ على وجه يتعارض مع حسن النية . ١٥٦ - النلفظ الخاص . ١٥٧ إلى ٢٥٩ - فكرة اللفظ في الفقه الإسلامي .

## ثانيا : التدليس . . . . . ٣٣٩

١٦٠ - تعريف التدليس ومؤداه . ١٦١ - شروط إعمال التدليس : ١٦٢ - استعمال الطرق الاحتمالية . ١٦٣ - الكذب والكتمان . ١٦٤ - مباشرة الخيل بقصد تضليل المتعاقد . ١٦٥ - وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به . ١٦٦ - استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمعاهد الآخر . ١٦٧ - التدليس الدافع إلى التعاقد . ١٦٨ - أثر التدليس . ١٦٧ - التدليس المتبادل من العاقدين أو التدليس المشترك . ١٦٩ - هل يفى اللفظ عن التدليس ؟ ١٧٠ - التدليس أو التفرير في الفقه الإسلامي .

## ثالثا الإكراه . . . . . ٣٥٤

١٧١ - ماهية الإكراه . ١٧٢ - أهمية الإكراه . ١٧٣ - شروط الإكراه : ١٧٤ - التعاقد تحت سلطان الرهبة . ١٧٥ - الرهبة الدافعة إلى التعاقد . ١٧٦ - اتصال الإكراه بالمعاهد الآخر . ١٧٧ - أثر الإكراه . ١٧٨ - هل ترقى الخشية التأديبية إلى مرتبة الإكراه ؟ ١٧٩ - الرهبة المتولدة من الظروف . ١٨٠ - الإكراه في الفقه الإسلامي .

## رابعا : الاستغلال . . . . . ٣٨٦

١٨١ - ماهية الاستغلال . ١٨٢ - الفرق بين الاستغلال والغبن . ١٨٣ - نشأة نظام الاستغلال وتطوره . ١٨٤ - عناصر الاستغلال . ١٨٥ - شروط الاستغلال : ١٨٦ - الشرط الأول : استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح . ١٨٧ - الشرط الثاني : الغرم المفرط أو التفوت الصارخ بين الأخذ والعطاء . ١٨٨ - الشرط الثالث : الاستغلال الدافع إلى التعاقد . ١٨٩ - أثر الاستغلال . ١٩٠ - سقوط دعوى الاستغلال .

## خامسا : الغبن . . . . . ٤٠٢

١٩١ - تعريف الغبن . ١٩٢ - فكرة تاريخية عن الغبن . ١٩٣ - الغبن في القانون المصري .

## الفصل الثاني : المخل . . . . . ٤٠٧

١٩٤ - المقصود بالمخل . ١٩٥ - شروط المخل : ١٩٦ - إمكان المخل . ١٩٧ - التعامل في ملك الغير والتعهد عن فعله . ١٩٨ - وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام . ١٩٩ - التعامل في الشيء المستقبل . ٢٠٠ - حظر التعامل في التركة المستقبلية . ٢٠١ - تعيين محل الالتزام . ٢٠٢ - مشروعية محل الالتزام . ٢٠٤ - الالتزام ببلغ مبلغ من النقود .



صفحة

## الفصل الثالث : السبب ٤٧٨ . . . . .

٢٠٥ - تحديد المقصود بالسبب كركن في العقد . ٢٠٦ - علم الخلط بين السبب كركن في العقد وبين السبب بمعنى المصدر المنشأ للالتزام . ٢٠٧ - نشأة فكرة السبب . ٢٠٨ - دور الكسبيين في نشأة السبب . ٢٠٩ - النظرية التقليدية في السبب . ٢١٠ - مهاجمة النظرية التقليدية . ٢١١ - النظرية الحديثة في السبب . ٢١٢ - السبب في القانون المصري . ٢١٣ - مضمون السبب في القانون المصري . ٢١٤ - تحديد السبب في العقود الملزمة لميمانين وفي عقود التبرع . ٢١٥ - وجود السبب . ٢١٦ - مشروعية السبب . ٢١٧ - إثبات السبب . ٢١٨ - التصرف المجرد . ٢١٩ - فكرة السبب في الفقه الإسلامي .

## الفصل الرابع : بطلان العقد ٤٦٣ . . . . .

٢٢٠ - المقصود بالبطلان . ٢٢١ - العقد الباطل والعقد المندم . ٢٢٢ - بطلان العقد وعدم نفاذه . ٢٢٣ - التفرقة بين البطلان والفسخ . ٢٢٤ - أنواع البطلان :

## المبحث الأول : العقد القابل للإبطال ٤٦٧ . . . . .

٢٢٥ - المقصود بالعقد القابل للإبطال . ٢٢٦ - حالات القابلية للإبطال . ٢٢٧ - حكم العقد القابل للإبطال : ٢٢٨ - ( أ ) مرحلة القابلية للإبطال . ٢٢٩ - ( ب ) تحديد بصير العقد القابل للإبطال : ٢٣٠ - أولاً : إبطال العقد . ٢٣١ - ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال : ٢٣٢ - الإجازة . ٢٣٤ - التقادم .

## المبحث الثاني : العقد الباطل ٤٧٩ . . . . .

٢٣٥ - العقد الباطل يختلف عن العقد القابل للإبطال . ٢٣٦ - حالات العقد الباطل . ٢٣٧ - تقرير بطلان العقد . ٢٣٨ - الإجازة لا تصحح العقد الباطل . ٢٣٩ - التقادم . ٢٤٠ - العقد القابل للإبطال والعقد الباطل .

## المبحث الثالث : أثر البطلان ٤٨٧ . . . . .

٢٤١ - أثر البطلان يتركز في اعدام العقد . ٢٤٢ - أساس الالتزام بالرد . ٢٤٣ - أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية . ٢٤٤ - حماية الغير حسن النية من إبطال العقد : ٢٤٥ - حماية الدائنين والخلف الخاص من ضرورة العقد . ٢٤٦ - حماية حائز المتقول بحسن نية . ٢٤٧ - حماية المنتصرف إليهم في المقار . ٢٤٨ - انتقاص العقد الذي يلحقه البطلان . ٢٤٩ - تحول العقد الباطل . ٢٥٠ - شروط أعمال نظرية تحول العقد . ٢٥١ - الخطأ عند تكوين العقد .

## المبحث الرابع : نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ٥٠٧ . . . . .

٢٥٢ - اتساع فكرة البطلان في الفقه الإسلامي الحق . ٢٥٣ - ( أ ) بالنسبة إلى قيام



## صفحة

المقد : ٢٥٤ - المقد الباطل . ٢٥٥ - المقد الفاسد . ٢٥٦ - إلى ٢٥٨ - أثر المقد  
الفاسد . ٢٥٩ - (ب) بالنسبة إلى نفاذ المقد . ٢٦٠ - (ج) بالنسبة إلى لزوم المقد .

## الباب الثاني : آثار العقد . . . . . ٥٢٠

٢٦١ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

## الفصل الأول : مضمون العقد . . . . . ٥٢١

٢٦٢ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

## المبحث الأول : تفسير العقد . . . . . ٥٢١

٢٦٣ - تفسير العقد بما قصده الإرادة المشتركة لما قبله من عباراته ٢٦٤ - (أ) وضوح  
عبارة المقد . ٢٦٥ - (ب) غموض عبارة المقد . ٢٦٦ - تفسير الشك لمصلحة من يفره  
الشرط الغامض . ٢٦٧ و ٢٦٨ - تفسير المقد من سلطة قاضي الموضوع ، متى القاعدة  
وجودها .

## المبحث الثاني : تحديد مضمون العقد . . . . . ٥٣٤

٢٦٩ - الأحكام التي يتضمنها العقد .

## الفصل الثاني : القوة الملزمة للعقد . . . . . ٥٣٨

٢٧٠ - المقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بتغييره أو بتعديل أحكامه .

## نظرية الظروف الطارئة . . . . . ٥٤٠

٢٧١ - مؤيد نظرية الظروف الطارئة . ٢٧٢ - نشأة النظرية : ٢٧٣ - الكنديون  
أول من بشر بالنظرية . ٢٧٤ - مدونة نابليون لا تأخذ بالنظرية ولكن القضاء الفرنسي  
الإداري يميلها . ٢٧٥ - القسانون المدني المصري يقن النظرية ٢٧٦ - شروط تطبيق  
النظرية . ٢٧٧ - مدى سريان النظرية . ٢٧٨ - الظروف الطارئة والعقود الاحتمالية .  
٢٧٩ - أثر الظروف الطارئة . ٢٨٠ - نظرية الظروف الطارئة لمصلحة المدين ويلزمه  
اتمسك بها . ٢٨١ - نظرية الظروف الطارئة من النظام العام . ٢٨٢ - نظرية الظروف  
الطارئة والقواعد العامة .

## الفصل الثالث : نسبية آثار العقد . . . . . ٥٦٩

٢٨٣ - تحديد مضمون قاعدة نسبية آثار العقد .



صفحة

## المبحث الأول : انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف والذاتين ٥٧٠

٢٨٤ - انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين . ٢٨٥ - انصراف آثار العقد إلى الخلف :  
٢٨٦ - انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . ٢٨٧ - انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص . ٢٨٨ - تأثير المائتين بمقود المدين .

## المبحث الثاني : علم انصراف آثار العقد إلى الغير ٥٨٤

٢٨٩ - العقد لا يضر الغير ولا ينفعهم . ٢٩٠ - (أ) العقد لا يضر الغير : ٢٩١ - التصدع من الغير . ٢٩٢ - أثر التصدع عن الغير : ٢٩٣ - التصدع عنه يرضى الأمر التصدع به . ٢٩٤ - التصدع عنه لا يقبل الأمر التصدع به . ٢٩٥ - التصدع عن الغير لا يمثل إخلالاً جدياً أن العقد لا يضر الغير . ٢٩٦ - (ب) العقد لا ينفع الغير : ٢٩٧ - الاشتراط لمصلحة الغير : ٢٩٨ - مميزات الاشتراط لمصلحة الغير . ٢٩٩ - الأمور اللازمة في الاشتراط . ٣٠٠ - آثار الاشتراط : ٣٠١ - (أ) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشرط والمشتط . ٣٠٢ - (ب) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشرط والمشتط . ٣٠٣ - (ج) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشرط والمشتط . ٣٠٤ - حق المشتط ينفع من عقد الاشتراط . ٣٠٥ - الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد . ٣٠٦ - قبول المشتط الحق المشرط لصالحه . ٣٠٧ - نقص الاشتراط .

## الفصل الرابع : تنفيذ العقد ٦٠٥

٣٠٨ - تنفيذ العقد بحسن نية . ٣٠٩ - كيفية تنفيذ الالتزامات . ٣١٠ - المسؤولية من تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد .

## الباب الثالث : انحلال العقد ٦١٠

٣١١ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

## الفصل الأول : فسخ العقد ٦١١

٣١٢ - تحديد المقصود بالفسخ . ٣١٣ - نشأة الفسخ وتأميله . ٣١٤ - مجال الفسخ . ٣١٥ - غيار الفسخ والتنفيذ . ٣١٦ - شروط الفسخ . ٣١٧ - كيف يتم فسخ الفسخ : ٣١٨ - أولاً : الفسخ القضائي . ٣١٩ - سلطة القاضي بإزاء الفسخ القضائي . ٣٢٠ - ثانياً : الفسخ القانوني أو الاتفاق . ٣٢١ - النزول عن الشرط الفاسخ الصريح . ٣٢٢ - أثر الفسخ . ٣٢٣ - أثر الفسخ في العقود المستمرة . ٣٢٤ - جواز الحكم بالتمريض مع الفسخ . ٣٢٥ - التخالف مع الأحكام العامة في الفسخ : ٣٢٦ - الشرط الفاسخ في إيجار الأماكن . ٣٢٧ - الفسخ في بيع العروض . ٣٢٨ - حماية الغير حسن النية من آثار الفسخ .



صفحة

## ٦٤٧ نظرية الفسخ في الفقه الاسلامي

٣٢٩ - الفقه الاسلامي لا يعرف نظام الفسخ على نحو ما هو مقرر في القانون المعاصر .

## ٦٥٠ الفصل الثاني : انفساخ العقد .

٣٣٠ - مؤدى انفساخ العقد . ٣٣١ - شروط الانفساخ . ٣٣٢ - ملاك عمل الالتزام غلظاً شيئاً آخر . ٣٣٣ - أثر الانفساخ .

## ٦٦٠ الفصل الثالث : التماسخ أو الإقالة .

٣٣٤ - مؤدى التماسخ أو الإقالة أو التقابل . ٣٣٥ - انعقاد الإقالة . ٣٣٦ - أثر الإقالة . ٣٣٦ - كيفية حصول الإقالة .

## ٦٦٦ الفصل الرابع : الدفع بعدم التنفيذ .

٣٣٧ و ٣٣٨ - مؤدى نظام الدفع بعدم التنفيذ . ٣٣٩ - نشأة تنظيم الدفع بعدم التنفيذ . ٣٤٠ - أساس الدفع . ٣٤١ - شروط التمسك بالدفع . ٣٤٢ - تقييم التمسك بالدفع بقاعدة عدم جواز إعادة استعمال الحق وبفكرة تنفيذ العقد بحسن نية . ٣٤٣ - كيفية التمسك بالدفع . ٣٤٤ - أثر الدفع . ٣٤٥ - الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحس .

## ٦٦٦ الباب الرابع : الإرادة المنفردة

٣٤٦ - الفكر القانوني والإرادة المنفردة : ٣٤٧ - النظرية الفرنسية . ٣٤٨ - النظرية الألمانية . ٣٤٩ - تقارب النظريتين . ٤٥٠ - الإرادة المنفردة في القانون المصري . ٣٥١ - سريان أحكام العقد على التصرف بالإرادة المنفردة ومناه . ٣٥٢ - أهم الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بالإرادة المنفردة : ٣٥٣ - الوعد بمجانزة لجمهور . ٣٥٤ - ميزات الوعد . ٣٥٥ - قيام الوعد . ٣٥٦ - الرجوع عن الوعد . ٣٥٧ - أثر الوعد بالمجانزة . ٣٥٨ - تقادم الحق في المجانزة .















